

conceito jurídico

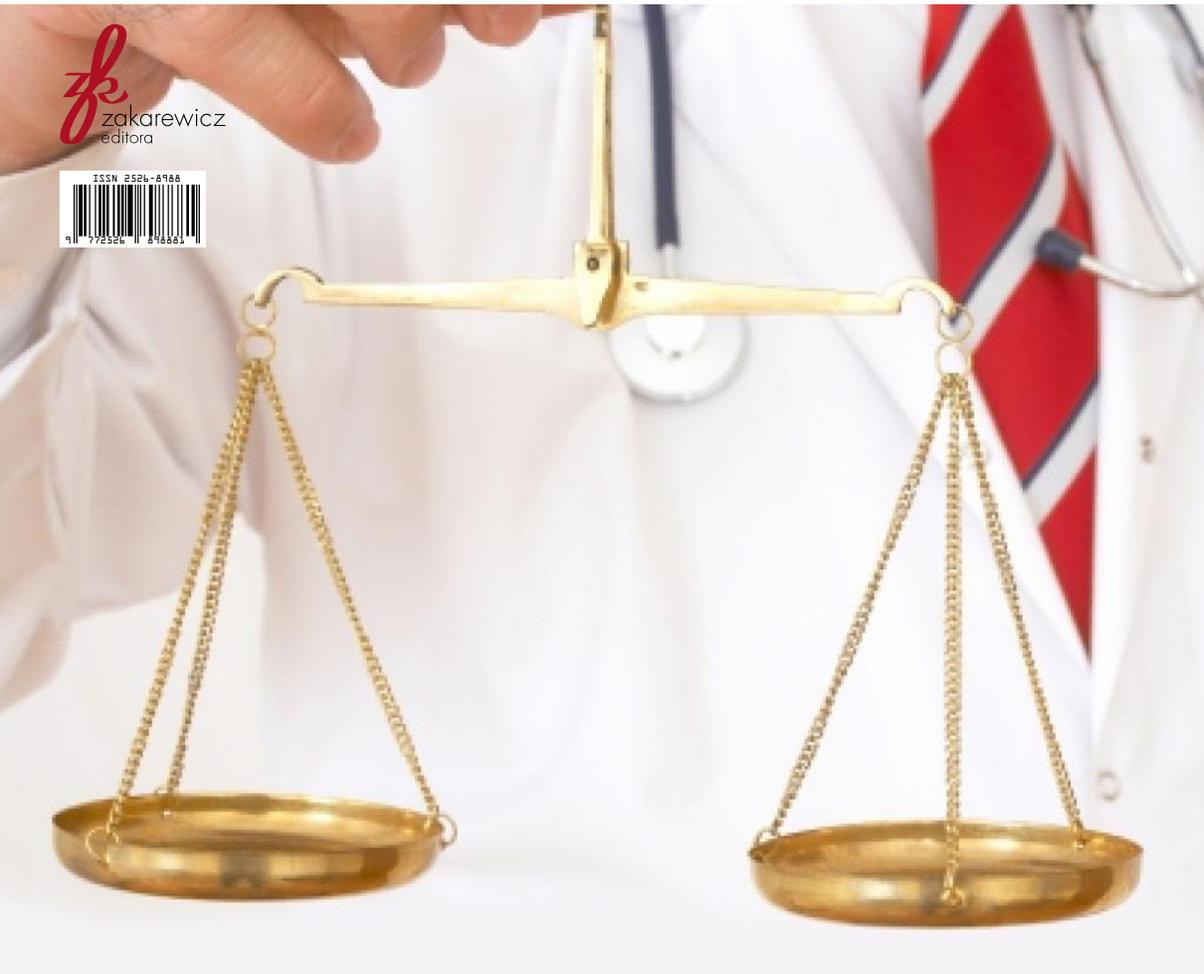
ano V | agosto de 2021 | nº 56



Leticia Helena Malzone

Feminicídio e as recentes
leis sancionadas

Pág. 7



O STF e a pandemia: Os reflexos da alta judicialização da saúde no País



PONTO DE VISTA

Luiz Augusto D'Urso

A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial apresentada é adequada?



DESTAQUE

Patrícia Montagner

Brasil precisa de educação para aproveitar o potencial da cannabis medicinal



GESTÃO EMPRESARIAL

Bruna Braghetto

Das condutas anticoncorrenciais: prevenção, identificação e repressão

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO

conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Anderson Couto do Amaral, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymier, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocência Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J.E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Líbero Penello Filho, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

comercial@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.


zakarewicz
editora



Golpe pra quê?

■ POR ARMINIO FRAGA

O mundo está cada vez mais complicado. A partir da guinada econômica de Deng Xiaoping na China nos anos 1970 e da queda do Muro de Berlim em 1989, parecíamos caminhar para um futuro de paz e prosperidade. E, de fato, houve muito progresso material e social, sem grandes guerras ou acidentes.

Mas não durou muito. Na virada do século veio um primeiro alerta, pelas mãos do terrorismo de origem religiosa, que mostrou sua força derrubando as Torres Gêmeas, episódio que completa 20 anos nos próximos dias.

Em outra frente, a mudança climática aponta para um desastre global de enormes proporções. Em que pese a solidez da base científica do diagnóstico, as respostas até agora parecem modestas.

Li recentemente que o ex-prefeito de Nova York Michael Bloomberg considera um absurdo as metas chinesas de emissões de carbono mirarem em 2050. Ele tem toda razão. É muito longe. Ainda no front de nossa relação com a natureza, vivemos hoje uma catastrófica pandemia, que ameaça se transformar em endemia, também a despeito dos esplêndidos avanços da ciência.

Esses e outros desafios, como a estagnação do comércio internacional, as crescentes ameaças cibernéticas e a guerra modelo século 21 entre China e Estados Unidos, sugerem que a governança global do planeta anda mal.

Chama a atenção a guinada interna em andamento na China de Xi Jinping. O que parecia ser uma suave transição a um regime mais aberto passou a ser hoje uma grande reafirmação da ditadura do Partido Comunista, que visa se perpetuar no poder. Destacam-se a perenização de seu líder, a onipresença de seus membros nos conselhos das principais empresas, o amplo acesso a cada passo da vida das pessoas – enfim, um grande e repressivo mecanismo, fonte de incerteza.

Em outras partes, proliferam cada vez mais regimes políticos autoritários e populistas, turbinados pelo uso competente das redes sociais, que favorecem esse tipo de liderança. O custo da transmissão massiva de informações é hoje relativamente baixo e permite a ampla difusão de todo tipo de fake news, que criam uma enganosa “realidade” paralela.

Vivemos hoje no Brasil uma situação com essas características. No início, o atual governo parecia ter adotado “apenas” uma versão da estratégia desenvolvida por Steve Bannon para Trump: atacar as defesas da democracia.

O tema é objeto de Jonathan Rauch em seu brilhante e recém-lançado livro “The Constitution of Knowledge”, ainda não traduzido, que estende artigo de mesmo nome publicado há três anos.

Rauch usa o termo “constituição” no sentido de carta de princípios – no caso, de defesa do conhecimento, motor fundamental do progresso e antídoto

contra as fake news. Ele defende ampla liberdade de expressão, acompanhada de um sistema livre, independente e rigoroso de crítica às ideias que são apresentadas, especialmente as que embasam decisões públicas.

O sistema de defesa é composto pela academia, pela imprensa e, cada vez mais, pelo terceiro setor, todos atuando a partir de filtros rigorosos de apuração, de informação e de análise. Inclui também o mundo artístico e cultural, que de forma lúdica representa anseios de liberdade e mais igualdade. Seria como um enorme funil por onde entram livremente muitas ideias, mas relativamente poucas sobrevivem à crítica e aos valores da sociedade.

No Brasil de hoje, o descaso com as consequências da pandemia e do desmatamento da Amazônia vem sendo objeto de resposta vigorosa da sociedade, felizmente. Os efeitos desse esforço ainda não se fizeram sentir, mas boas sementes estão sendo plantadas.

No entanto, e infelizmente, os ataques do governo têm ido além da agenda Bannon. Hoje está em risco o sistema de pesos e contrapesos, que é parte fundamental de nossa democracia.

Acusações ocas e ameaças aos demais Poderes têm sido frequentes, sobretudo ao Judiciário, e em especial à higidez do sistema eleitoral. Não parece ser o caso hoje ainda, mas mais adiante a relação com o Legislativo pode azedar também, como ocorreu recentemente.

Um fator adicional de tensão advém da postura do presidente com relação a armamentos e a quem os porta. A noção de armar o povo para defender a liberdade não faz sentido algum, mas vem sendo repetida. Tampouco faz sentido qualquer tolerância com a existência de grupos informais armados operando à margem da lei.

Desde o início de seu mandato o presidente vem dando especial atenção às Forças Armadas e às polícias militares. Militares (inclusive da ativa) ocupam inúmeros postos-chave na administração pública, o que começa a comprometer a imagem das Forças Armadas.

Esse quadro geral é extremamente prejudicial à economia. Em tese, não faltam oportunidades de investimento ao Brasil, da infraestrutura à educação e à saúde. Mas a incerteza encurta os horizontes e inibe o investimento.

Não seria surpresa se pipocassem mais e mais focos de tensão, como se viu semana passada na Polícia Militar de São Paulo. Não é impossível imaginar cenários de violência à democracia.

Na medida em que as defesas da democracia se mostrem eficazes, aumentará a pressão sobre o governo atual, que vem fazendo água nas pesquisas. O presidente parece disposto a dobrar a aposta, pelo visto contando com o apoio de uma minoria agressiva.

No entanto, tenho convicção de que as lideranças das Forças Armadas e (espero) das polícias, além de defenderem a Constituição, entendem que estariam apoiando um projeto de desconstrução da nação. 



ARMINIO FRAGA é presidente dos conselhos do IEPS e do IMDS e ex-presidente do Banco Central.

SUMÁRIO

3

Golpe pra quê?

Arminio Fraga

COM A
PALAVRA

7

Feminicídio e as recentes leis sancionadas

Letícia Helena Malzone

ENTREVISTA

12

Novidades regulatórias sobre os fundos de investimento brasileiros. Aspectos relevantes

Daniel Maffessoni Passinato Diniz
e Louise Hoffmann Scholl

PAINEL
ECONÔMICO

15

Medidas sanitárias excepcionais

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

DIREITO E
BIOÉTICA

18

Nova Lei de Improbidade: como fica a participação do particular?

Marilene Carneiro Matos

PROPOSTAS
E PROJETOS

21

Precisamos falar sobre violência política contra as mulheres

Karina Kufa

PAINEL DO
LEITOR

23

Brasil precisa de educação para aproveitar o potencial da cannabis medicinal

Patrícia Montagner

DESTAQUE

25

O STF e a pandemia: Os reflexos da alta judicialização da saúde no País

Wanderlei José dos Reis

CAPA

41

Demandas pelo uso de tecnologias reforçadas para monitoramento de serviços financeiros digitais – Regtech e Suptech

Fabricio Bertini Pasquot Polido

CONTEXTO

43

Algoracracia: efeitos do modelo de governança por meio dos algoritmos no nosso destino

José Matias-Pereira

VISÃO
JURÍDICA

46

PORTAL
JURÍDICO

Invasão de dispositivo informático, furto eletrônico, estelionato eletrônico e competência – Lei nº 14.155/21

Eduardo Luiz Santos Cabette

71

ENFOQUE

Desigualdades causadas por leis perversas

José Pastore

74

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

O direito ao silêncio no tribunal do júri e o respeito aos acusados

Rômulo de Andrade Moreira

80

TENDÊNCIAS

***Whistleblower* no Brasil: a importância de um olhar global na busca de melhores práticas**

Luciano Inácio de Souza e Pedro Leal

84

GESTÃO
EMPRESARIAL

Das condutas anticoncorrenciais: prevenção, identificação e repressão

Bruna Braghetto

89

CONJUNTURA

Da modulação dos efeitos na tese do século – RE nº 574.706

Sueny Almeida de Medeiros

91

IN VOGA

Notas sobre o lockout e as manifestações sociais

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto

95

PONTO DE
VISTA

A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial apresentada é adequada?

Luiz Augusto D'Urso



ARQUIVO PESSOAL

Leticia Helena Malzone

Feminicídio e as recentes leis sancionadas

A morte de uma mulher que se deu por violência de gênero, menosprezo ou discriminação em razão de ser mulher é feminicídio. “Em meio ao isolamento social, o Brasil contabilizou 1.350 casos de feminicídio em 2020 – um a cada seis horas e meia, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Os casos de homicídio motivado por questões de gênero subiram em 14 das 27 unidades federativas, de acordo com o relatório.” Ante esse panorama, leis precisam conter esses números. E, para falar sobre essas novidades legislativas, convidamos a Advogada militante em direito de família e sucessões, Leticia Helena Malzone. Confira!

“Nos 15 anos da Lei Maria da Penha, ainda que considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como uma das três legislações mais avançadas no combate à violência doméstica, juntamente com Espanha e Chile, sem dúvida alguma, o Brasil ocupa alta posição no ranking dos países mais violentos do mundo para mulheres.”

Conceito Jurídico – *Como se inicia o ciclo da violência contra a mulher?*

LETICIA HELENA MALZONE – Antes da consumação, outras formas de ações e violência são efetivadas contra a mulher. Formas sutis como humor e publicidade sexista, controle, até formas explícitas como chantagem emocional, humilhação, culpabilização, perseguição, assédio, gritos, abuso sexual, insultos, ameaças até culminar com a violência física. O ciclo da violência, muitas vezes, inicia com a violência psicológica: chantagens, controle, ofensas verbais, humilhações, xingamentos e demais atitudes que acabam com a autoestima da mulher, que não tem consciência da sua condição de vítima.

CONCEITO JURÍDICO – *Desde o ano de 2020, vivemos em isolamento social em virtude da pandemia do Covid-19, nesse período constatamos que houve um considerável aumento de feminicídio, o que as pesquisas demonstram?*

LETICIA HELENA MALZONE – De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, durante a pandemia, houve um aumento de 0,7% de feminicídios, o que representa mais 1.350 mulheres assassinadas só porque são mulheres. Em um panorama geral do crime, 74,7% têm entre 18 e 44 anos, 61,8% são negras e 81,5% foram mortas pelo companheiro ou ex-companheiro, observando-se que 55,1% foram por arma branca. A residência é o espaço de maior risco para as mulheres: 48,8% das vítimas relataram que a violência mais grave vivenciada ocorreu dentro de casa. E este percentual vem crescendo.

CONCEITO JURÍDICO – *Esse crescimento de violência contra a mulher, movimentou consideravelmente o legislativo e foram sancionadas três importantes leis (Violência Psicológica contra a Mulher; Stalking e Violência Política de Gênero). Para iniciar, a Sr^a pode nos falar sobre o que foi alterado na Lei nº 14.188 de 28 de julho de 2021, que trata sobre a Violência Psicológica contra a Mulher?*

LETICIA HELENA MALZONE – Segundo o Relatório Visível e Invisível 2021, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, somente no ano de 2020, a cada minuto, oito mulheres apanharam no Brasil durante a pandemia. Cerca de 13 milhões de brasileiras (18,6%) sofreram a violência mais frequentemente relatada: ofensa verbal, insultos e xingamentos. A violência psicológica, em geral, é o início do ciclo da violência vivido pelas mulheres nos relacionamentos. A nova legislação alterou a modalidade da pena de lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e criou o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. A nova legislação também definiu o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de combate à violência, onde a letra X é escrita na mão da vítima, de preferência na cor vermelha e funciona como uma denúncia silenciosa e discreta.

CONCEITO JURÍDICO – *Muitas vezes esses danos psicológicos são irreparáveis. O que fazer com esse resultado dramático nas vidas dessas mulheres?*

LETICIA HELENA MALZONE – A reflexão que se faz necessária é sobre a aferição do dano psicológico, através de laudos. Primeiro quanto a necessidade de laudos emitidos por peritos psiquiatras e/ou psicólogos. E os laudos particulares serão aceitos? Outro ponto muito importante: com um laudo desses em mãos, que atestará um dano à saúde mental da mulher, cuidado redobrado quanto ao uso, principalmente para serem usados nas Varas de Família, especialmente nas Ações de Guarda de Filhos, lembrando o sistema machista e patriarcal que ainda vivenciamos também no Judiciário.

CONCEITO JURÍDICO – *Outra novidade foi a Lei nº 14.132 de 31 de março de 2021, conhecida como Stalking. O que foi alterado?*

LETICIA HELENA MALZONE – Perseguir alguém, reiteradamente, por qualquer meio, ameaçando a integridade física ou psicológica, restringindo a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade é crime! Foi acrescentado o art. 147-A no Código Penal e revogado o art. 65 da Lei de Contravenções Penais, deixando de ser a conduta enquadrada como “mera perturbação da tranquilidade alheia”.

CONCEITO JURÍDICO – *O que tipifica o Stalking?*

LETICIA HELENA MALZONE – O *stalking* tipifica a perseguição compulsiva (obsessão) que restringe a liberdade e a intimidade da vítima. A pena será aumentada se contra mulher por razões de condição do sexo feminino. Exemplos de atitudes criminosas: a pessoa foi bloqueada e continua insistindo no contato; aparece nos mesmos locais; promove ameaças físicas e emocionais. Se pelo meio virtual, a vítima deve fazer *prints* e registros das formas utilizadas para contato pelo *stalker*.

CONCEITO JURÍDICO – *E sobre a Lei nº 14.192 de 04 de agosto de 2021, que trata sobre a Violência Política de Gênero?*

LETICIA HELENA MALZONE – Foi sancionada a lei que estabelece normas de prevenção, repressão e combate à violência política contra as mulheres, nos espaços e atividades relacionadas ao exercício de seus direitos políticos e funções públicas. Fica assegurada a participação delas em debates eleitorais. Para estarem na política, as mulheres necessitam de segurança e independência e, por isso, essa lei é considerada um avanço no tema. Todas essas novidades são medidas necessárias para enfrentar a Violência Doméstica contra as Mulheres.

CONCEITO JURÍDICO – *Mesmo com todas essas inovações na legislação para a proteção da mulher, ainda sim, vemos que o Brasil, ocupa uma das posições de países mais violentos do mundo contra as mulheres?*

LETICIA HELENA MALZONE – Nos 15 anos da Lei Maria da Penha, ainda que considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como uma das três

legislações mais avançadas no combate à violência doméstica, juntamente com Espanha e Chile, sem dúvida alguma, o Brasil ocupa alta posição no *ranking* dos países mais violentos do mundo para mulheres. Segundo o Portal de Monitoramento da Política Judiciária de Enfrentamento à Violência Doméstica contra as Mulheres do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram concedidas 386.390 medidas protetivas, somente no ano passado. Medidas protetivas são um conjunto de determinações impostas pelo Judiciário a um agressor para que se afasta da vítima (ou em risco de sofrer violência).

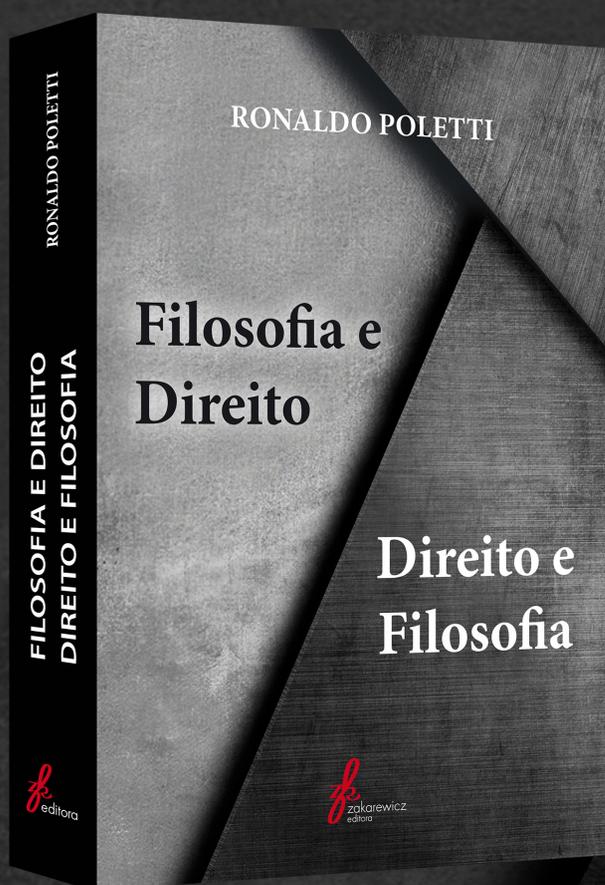
CONCEITO JURÍDICO – *Qual o recado a Sr^a deixa para nossos leitores?*

LETICIA HELENA MALZONE – Precisamos desmistificar alguns pontos sobre a Lei Maria da Penha que ao meu ver são extremamente importantes:

- A violência doméstica não distingue classe social, idade, grau de escolaridade;
- Mulher não gosta de apanhar nem merece apanhar. Toda violência deve ser repudiada. Muitas vezes permanecem no relacionamento por não terem condições financeiras de sustento próprio e dos filhos. Além do medo de retaliação pelo companheiro, após as denúncias, ou de perder a guarda dos filhos;
- A autoridade policial irá orientar, quando do atendimento à vítima, todas as ferramentas disponíveis, previstas na Lei;
- Em briga de marido e mulher, mete-se a colher sim. Essa atitude pode salvar vidas;
- “Um tapinha dói sim”. A agressão não é isolada, pontual. Ela ocorre repetidas vezes, de várias formas, afetando o psicológico da vítima;
- Ninguém tem direitos sobre o corpo de outra pessoa. Toda relação sexual deve ser consensual e previamente conversada para que a vontade e o desejo de ambos sejam satisfeitos até o limite de cada um;
- Não cabe somente à mulher manter o relacionamento. Aos dois cabe construir uma relação saudável, tranquila, equilibrada e equânime;
- Não é somente agressão física que é violência doméstica. Existem outras formas de violência: moral, psicológica, patrimonial e sexual;
- A violência doméstica acontece mesmo sem histórico de bebidas, drogas ou doenças mentais;
- A Lei Maria da Penha atende mulheres cis e trans também;
- “Antes só do que mal acompanhada.” Continuar com o agressor traz riscos à mulher e aos filhos sendo que estes também poderão sofrer violência ou reproduzirem esses atos violentos dos agressores;
- Denuncie, ainda que anonimamente, qualquer ato de violência. 

Filosofia e Direito Direito e Filosofia

Ronaldo Poletti



R\$ **72**,00

550 páginas
Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362
zkeditora.com



"Filosofia e Direito. Direito e Filosofia, será destinado e utilizado como fonte de informação e de aprimoramento para obtenção da melhor e mais completa formação intelectual filosófico-jurídica de professores e estudantes de Direito ou de Filosofia, ou, simplesmente, para alargamento e embasamento da cultura dita humanística."

Novidades regulatórias sobre os fundos de investimento brasileiros

Aspectos relevantes

■ POR DANIEL MAFFESONI PASSINATO DINIZ E LOUISE HOFFMANN SCHOLL

“Diante da crescente ascensão do mercado de capitais no Brasil, com sua posição de privilégio na economia, em termos de captação e alocação de recursos, o alcance das regulamentações não poderia tardar em relação às inovações legislativas.”

A Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) submeteu recentemente à audiência pública (“Audiência Pública SDM 08/20”) minuta da resolução que substituirá as Instruções 555/14 e 356/01, as quais tratam a respeito da regulamentação dos Fundos de Investimento Financeiros (“FIF”) e dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (“FIDC”).

O objetivo das alterações é modernizar a regulação dos fundos de investimento brasileiros, de modo a adaptar as normas da CVM às inovações trazidas pela Lei nº 13.874/19 (“Lei da Liberdade Econômica”).

A Lei da Liberdade Econômica apresentou novidades em relação aos fundos de investimento que ainda estavam pendentes de atualização pela CVM, em especial, em vista das seguintes inovações legais: (i) aplicação do instituto da insolvência civil aos fundos de investimento; (ii) previsão de responsabilidade nos atos ou omissões praticadas por prestadores de serviço; e (iii) da possibilidade de criação de classe de cotas e patrimônios segregados para cada classe de cotas dentro do fundo de investimento.

Com o escopo de proceder à atualização da regulamentação dos fundos, a minuta de alteração proposta pela CVM visa consolidar a regulamentação dos fundos de investimento brasileiros em uma mesma norma, por isso, apresenta uma abrangência ampla, com matérias comuns à todos os fundos e suas respectivas estruturas, sendo os principais destaques: (i) Novas alternativas para a estruturação dos fundos, visando a diminuição dos custos; (ii) A internacionalização, com a possibilidade de aportes no exterior e o estabelecimento; (iii) Limites de exposição ao risco para fundos de investimento em ações, renda fixa, cambiais e multimercado;

A Resolução conta ainda com significativo ajuste nos papéis do administrador e gestor, com certa equiparação de relevância. O tema da delimitação de responsabilidades é um dos principais abordados na nova regulamentação, que expõe certa preocupação com o compartilhamento de responsabilidades entre os administradores da carteira e os prestadores de serviço.

Paralelamente com a Instrução nº 555, em que a responsabilidade se concentrava basicamente na pessoa do administrador fiduciário, o novo cenário regulatório pretende dispor que os gestores e demais prestadores de serviços



respondam em conjunto com os administradores fiduciários, pelos atos de administração, sendo assim, observa-se que a proposta apresenta uma ampliação da rede de responsabilidade, definindo, por exemplo, algumas hipóteses de solidariedade entre os agentes, sendo elas: i) serviço prestado para classe de cotas destinada ao público em geral; ii) contratação, pelo administrador, de serviços de tesouraria, controle e processamento de ativos; iii) contratação, pelo gestor, do serviço de cogestão da carteira de ativos e iv) contratação, pelo gestor, do serviço de consultoria especializada para FIDC;

A principal impressão deixada pela proposta, portanto, gira em torno do tema de responsabilidades, pois se no antigo contexto normativo as atribuições de função eram mais restritas aos administradores dos fundos, a nova proposta regulatória visa transpor novas responsabilidades aos gestores, inclusive, sobre a própria estruturação dos fundos, a contratação da consultoria especializada e a verificação do lastro dos direitos creditórios e dos critérios de elegibilidade, atribuições estas que antes eram estritamente designadas à figura do administrador.

Outras importantes alterações que se destacaram na minuta apresentada pela CVM foram: i) a possibilidade de classes de quotas com patrimônio segregado; ii) possibilidade de limitação da responsabilidade dos quotistas ao valor de suas quotas; iii) limitação da responsabilidade dos prestadores de serviço; iv) regras mais claras acerca da fiscalização a ser exercida pelo administrador sobre os demais prestadores, inclusive o gestor; v) distribuição de cotas pelo administrador e gestor; subscrição de cotas por conta e ordem; vi) possibilidade de assembleias de cotistas digitais (total ou parcialmente); vii) gestão de liquidez de classes de cotas abertas; e normas de conduta de prestadores de serviços.

Especialmente no que diz respeito aos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (“FIDC’s”) a minuta apresenta novidades relevantes, dentre as quais se destacam: (i) a extinção dos FIDC “Não-Padronizados”, previstos na Instrução CVM nº 444, de 08 de dezembro de 2006; (ii) criação dos direitos creditórios denominados “não-padronizados”, sujeitos a restrição de público-alvo; (iii) maior clareza na separação de responsabilidades entre os prestadores de serviço do fundo com a redução significativa das atribuições do custodiante; (iv) obrigatoriedade do registro dos direitos creditórios em entidade registradora autorizada pelo Banco Central; e (v) acesso do público em geral às cotas de FIDC, observadas características do fundo.

Diante da crescente ascensão do mercado de capitais no Brasil, com sua posição de privilégio na economia, em termos de captação e alocação de recursos, o alcance das regulamentações não poderia tardar em relação às inovações legislativas, vindicando correspondente atualização e adaptação de seus instrumentos às demandas do mercado, garantindo um ambiente regulatório mais seguro e eficaz. 

ARQUIVO PESSOAL



DANIEL MAFFESSIONI PASSINATO DINIZ é especialista em Direito Empresarial (LLM FIEP/PR), Mestrando pela UTFPR. Professor de Direito para Startups no LLM em Direito Empresarial Aplicado da Federação das Indústrias do Estado do Paraná. Conciliador e Mediador certificado pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ). Foi professor de Direito Empresarial e Direito Econômico no Centro Universitário UniDomBosco.

ARQUIVO PESSOAL



LOUISE HOFFMANN SCHOLL é Pós-graduanda em Direito Civil e Empresarial pela Instituição Damásio – IBMEC de SP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniDomBosco.



Medidas sanitárias excepcionais

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“Não é recomendado e nem goza de competência de regulação o Estado, isoladamente – sem qualquer motivo determinante – criar protocolo próprio sanitário com a proibição de movimentação da população em seu próprio território ou daqueles que pretendem frequentá-lo e, para tanto, utilizam o transporte aéreo.”

O Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, após apreciar a decisão proferida pela justiça de 1ª instância em pedido de tutela de urgência proferida pela Justiça Federal do Ceará, suspendeu os efeitos da liminar concedida. A decisão de primeiro grau exigia dos passageiros de voos com destino ao Ceará a apresentação do compro-



vante de vacinação completa, com uma ou duas doses, dependendo do imunizante, ou do resultado negativo do exame antígeno ou RT-PCR, realizado até 72 horas antes do embarque.

Caminhou a Justiça de segundo grau por uma trilha segura quando suspendeu os efeitos da decisão proferida e que trazia restrições de acesso ao Estado do Ceará, além do que, mais importante ainda, a sentença não apresentou suporte probatório suficiente para demonstrar a necessidade e a urgência da drástica medida.

A Organização Mundial da Saúde, após constatar no mês de janeiro de 2020 que o surto da doença provocada pelo coronavírus (Covid-19) atingiu cinco continentes, não hesitou em declarar o estado de pandemia. A partir daí cada Estado passou a legislar a respeito das medidas necessárias e adequadas para o combate ao vírus, observando ao menos as regras básicas e fundamentais recomendadas pela organização.

O Brasil, em fevereiro de 2020, após proclamar Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), sancionou a Lei nº 13.979/2020, de caráter excepcional, temporária, caracterizada por circunstâncias que determinaram sua edição, que prevê medidas de enfrentamento da emergência da saúde pública, com a finalidade de evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus. Dentre as medidas previstas no art. 3º para o enfrentamento, destacam-se as de realização compulsória, compreendendo: exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação, outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos.

As medidas previstas na referida lei e que objetivam a proteção da coletividade são de competência do Poder Executivo, inclusive aquelas que compreendem a restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país, desde que haja a recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por rodovias, portos e aeroportos.

Para tanto, já que existe a lei considerando situação de emergência e com previsão de enfrentamento para a proteção da coletividade, nada mais justo que ocorra a restrição a alguns direitos individuais em favor do interesse coletivo. Ao mesmo tempo em que se ergue a proteção para a pessoa contaminada, a própria comunidade é alcançada, pois trata-se de uma medida preventiva de saúde.

Ora, no caso relatado, percebe-se claramente que o Estado para o qual foi voltada a decisão encontra-se no mesmo patamar de igualdade sanitária dos demais. O Judiciário pode sim intervir excepcionalmente na esfera de competência do Executivo, desde que haja o demonstrativo inequívoco de omissão ou erro manifesto das autoridades administrativas competentes com a potencialidade de causar danos à coletividade local. Não é recomendado e nem goza de competência de regulação o Estado, isoladamente – sem qualquer motivo determinante - criar protocolo próprio sanitário com a proibição de movimentação da população em seu próprio território ou daqueles que pretendem frequentá-lo e, para tanto, utilizam o transporte aéreo.

É certo que a comunidade científica vem se manifestando reiteradamente que a vacina se apresenta como o único recurso seguro e eficaz para a prevenção da Covid-19. Tanto é que pela resposta mundial, quanto maior o número de imunizações, menor será o número de infectados e óbitos. Basta ver que alguns países já criaram as cepas dos vacinados e não vacinados, esses com restrições de frequentar espaços e locais públicos.

A Prefeitura Municipal de São Paulo, no âmbito de sua competência, publicou o Decreto nº 6.044/2021, determinando a obrigatoriedade de vacinação contra a Covid-19 para todos os funcionários de autarquias, fundações e da administração indireta. Em caso de recusa, sem justa causa médica, caracterizará falta disciplinar do servidor ou do empregado público. Nos mesmos moldes o Decreto nº 49.286/21, publicado pela Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro.

E, ao que tudo indica, nova lei, agora nacional, deverá ser editada para regulamentar a obrigatoriedade ou não da vacina fora do estado pandêmico. “O balanço entre o bem-estar individual e bem-estar do grupo, afirma categoricamente Stepke, deve ser considerado ao se desenvolver ou modificar qualquer sistema de cuidado de saúde”.¹ 

NOTAS

- 1 Stepke, Fernando Lolas, José Geraldo de Freitas Drumond. Fundamentos de uma antropologia bioética: o apropriado, o bom e o justo. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007, p. 73.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é Promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-Doutorado em ciências da saúde e Advogado.



Nova Lei de Improbidade: como fica a participação do particular?

■ POR MARILENE CARNEIRO MATOS

“O projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados, ao excluir a modalidade culposa de improbidade, ao entendimento de que não é possível imaginar-se a desonestidade “por descuido”, de forma coerente restringiu a participação do particular apenas para as condutas de Induzir ou Concorrer para os atos ímprobos.”

A aprovação do Projeto de Lei nº 10.887/2018 no dia 16 de junho pela Câmara dos Deputados, com o objetivo de alterar a atual Lei de Improbidade Administrativa – LIA – tem gerado discussões apaixonadas tanto por parte dos seus críticos quanto pelos seus apoiadores. São muitos os aspectos que ora rodeiam as discussões dos juristas e da população em geral, os quais, no entanto, guardam um ponto em comum: a necessidade de atualização do diploma normativo, após quase 03 (três) décadas de sua existência, ante problemas observados no seu manejo, o qual nem sempre atendeu aos objetivos republicanos que motivaram o legislador.

Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é trazer à reflexão um ponto específico objeto do projeto de alteração da LIA: a participação do particular nas condutas que caracterizam a improbidade administrativa. A LIA, ao regulamentar as condutas, as sanções e o procedimento da improbidade administrativa, tem como ponto de

partida o objetivo precípua de impor duras sanções aos atos de corrupção dos agentes públicos, às quais engloba perda da função pública, indisponibilidade de bens, ressarcimento ao erário, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar ou receber subsídios e incentivos fiscais por parte dos diversos órgãos do Estado. Tudo isso, sem prejuízo das demais sanções a que o agente estará sujeito, como as previstas no Código Penal.

Assim, protagonista ou sujeito ativo da improbidade é definido pelo art. 2º, como agente público, servidor ou não, cujo conceito mereceu a mais ampla abrangência da norma: todo aquele que, ainda que transitoriamente, e mesmo que sem remuneração, desempenhe atribuições públicas, o que engloba: servidores públicos, agentes políticos, mesários e mesmo estagiários. Nesse particular cabe ressaltar também a amplitude das entidades que podem figurar como vítimas dos atos corruptivos: todas as entidades da Administração Direta e Indireta de todos os Poderes de todas as entidades federativas e inclusive entidades privadas que recebem algum tipo de auxílio ou subvenção estatal.

Já o particular sem qualquer tipo de vínculo com o Estado pode vir a responder pelas mesmas sanções da improbidade em uma das três formas previstas pelo art. 3º, ou seja, é pressuposto do enquadramento do particular na LIA as condutas de “beneficiar-se”, “induzir” ou “concorrer” para o ato de improbidade, sempre atuando em conluio com um agente público. Assim, vimos na época do escândalo relativos à operação lava jato que as empresas e seus dirigentes foram enquadrados por atuarem sempre em conluio com um agente público – em geral, induzindo ou concorrendo – para a execução das condutas tipificadas como improbidade administrativa.

E o particular que causa um dano ao erário intencionalmente e sem a contribuição do agente público? Estes responderão com base em diversas normas protetivas do patrimônio público, como o Código Penal, a Lei de Ação Civil Pública, as ações ressarcitórias, dentre outras. Então, para a improbidade, é condição *sine qua non* a participação do agente público.

Entretanto, a norma da Lei de Improbidade em relação ao particular acarretou ao longo dos anos um problema relevante, mais especificamente na parte da participação na forma de “beneficiar-se” da conduta de improbidade, problema este relacionado a outro não menos importante e também objeto de alteração na forma proposta pelo projeto: o dolo, a intenção de atuar desonestamente em prejuízo da Administração Pública. É que nem sempre o beneficiário do ato de corrupção tem a ciência da ilicitude da conduta do agente público.

Neste contexto, não raro ocorre de o particular receber a contraprestação de serviços prestados à Administração sem a ciência de possíveis irregulares tanto do procedimento licitatório, quando da aplicação das verbas orçamentárias, quanto de normas atinentes à formalização contratual, dentre vários outros exemplos recorrentes da prática administrativa.

Tal problema é ainda mais comuns no âmbito de Estados e Municípios em que há carência de assessoria jurídica qualificada nos diversos órgãos públicos. E daí, os erros na aplicação de normas pelos gestores, no âmbito preparatório ou interno das contratações coloca o particular, o empresário, em situação muito delicada, de ter que responder por improbidade administrativa a partir

de atuação interna dos gestores na administração pública. Teria o particular que se transformar em bedel da conduta de gestores públicos em relação ao cumprimento das normas de funcionamento da administração pública?

A se manter tal raciocínio, ademais de se admitir a modalidade culposa de improbidade, já discutível, defrontamo-nos com a possibilidade de responsabilização objetiva, sem o elemento subjetivo, de particulares pelo mero fato de contratarem com o Estado. Foi esse o objetivo do legislador quando editou a Lei nº 8.429/92? Não parece ser esta a melhor interpretação da norma.

Ademais, quando a LIA somente admite a improbidade administrativa na forma culposa na modalidade que causa prejuízo ao erário, quando o particular é incluído nas demais formas de atuação ímproba – enriquecimento ilícito e lesão a princípios da administração pública – na forma de mero beneficiário, restará configurada punição mais severa em relação ao próprio agente público, já que este só responderá por tais conduta na forma dolosa.

A admitir-se a participação do particular como mero beneficiário nas formas em que a LIA somente admite a forma dolosa para o agente público, inegavelmente estará admitindo que o particular pratica a improbidade culposa. Porque se o empresário ou a pessoa física são apenas beneficiários da improbidade, significa que não induziram ou concorreram para a improbidade, o que os coloca na posição de sujeitos ativos por culpa por improbidade em hipóteses em que a LIA excluiu até mesmo o agente público.

Diante de tal inconsistência, o projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados, ao excluir a modalidade culposa de improbidade, ao entendimento de que não é possível imaginar-se a desonestidade “por descuido”, de forma coerente restringiu a participação do particular apenas para as condutas de Induzir ou Concorrer para os atos ímprobos. Ou seja, a se imaginar a improbidade, a desonestidade do agente público apenas quando há consciência e vontade livre de atuar desonestamente, de forma distinta o particular em conluio somente responderá ante a configuração de sua vontade, do seu dolo, de atuar como partícipe do ato desonesto.

Importante ressaltar, neste sentido, que a responsabilidade objetiva empresarial já é objeto da Lei Anticorrupção, denominada por alguns de Lei da Improbidade Empresarial, a qual prevê a penalização de condutas empresariais independentemente da comprovação de dolo ou culpa em prejuízo do erário e dos princípios da Administração Pública.

Tal linha é mais assente com o nosso sistema jurídico sancionador, o qual pressupõe que a conduta humana punível é aquela que se concretiza a partir de uma vontade, do elemento subjetivo do agente, na forma no mínimo culposa. A responsabilidade objetiva é de forma geral afeta a condutas de entidades, de pessoas jurídicas, às quais, por se configurarem como ficção jurídica dispensam o elemento da vontade para gerar uma resposta de caráter sancionatório do Direito. 



MARILENE CARNEIRO MATOS é Advogada, Presidente da Comissão de Direito Administrativo da ABA e mestre em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

Precisamos falar sobre violência política contra as mulheres

■ POR KARINA KUFA

“É uma pauta que interessa não apenas a um determinado grupo, mas à sociedade. Somente com respeito às nossas irmãs, mães e filhas teremos condições de ver um país crescendo de forma justa e equilibrada.”

A violência política assola mulheres de todas as ideologias. A falta de respeito e a quebra de privacidade tem sido recorrentes contra as mulheres que estão em evidência. Observamos que quando se quer atingir a integridade de uma pessoa pública do sexo masculino o que se ataca é a falta de competência ou de honestidade. Quando o alvo é uma mulher, os adversários não se envergonham em vasculhar a vida íntima. Os exemplos de maledicência saltam diariamente no noticiário. A tramoia mais recente teve como alvo uma mulher que, pelo cargo que ocupa e pelos sentimentos que inspira, é um símbolo da nossa sociedade.

Estou falando da ministra Damares Alves, uma mulher que, pelos valores, pela trajetória pessoal e pela coragem de dizer o que pensa, representa a direita, o conservadorismo, os cristãos e à família em cada ação que desenvolve no Ministério da Mulher. Com força de vontade, Damares combate a violência doméstica, se insurge contra a pedofilia e busca ações por uma infância melhor. Ainda assim, ou



talvez por isso, ela vem sendo alvo de ataques. O mais recente aconteceu no mês passado, quando alguns veículos publicaram, em tom de escândalo, referências a um suposto relacionamento que a ministra teria tido em 2014 com um colega de trabalho. Uma ação lamentável.

Eu já tive a oportunidade de ouvir a ministra falar, com olhos marejados, sobre o auxílio às mulheres escarpeladas da Ilha de Marajó, mulheres que perderam os cabelos em acidentes de barco a motor (acidente comum em rincões da Amazônia), sofrem com problemas de autoestima e vivem em comunidades isoladas. Eu sou testemunha de como a ministra se entrega ao trabalho de proteger os mais fracos. Longe dos holofotes, a rotina da ministra se resume a solucionar problemas graves que boa parte dos brasileiros sequer sabe que existem. Uma mulher de fé, um coração tão puro, Damares renuncia à vida pessoal em nome de um bem maior. Eu vejo isso na nossa ministra e afirmo que ela me representa.

Por isso, diante dos recentes ataques à vida privada da ministra, considero necessário repensar as nossas atitudes em relação à mulher no ambiente público. É uma pauta que interessa não apenas a um determinado grupo, mas à sociedade. Somente com respeito às nossas irmãs, mães e filhas teremos condições de ver um país crescendo de forma justa e equilibrada.

É triste constatar que a resistência à ascensão das mulheres à vida pública permanece mesmo diante da crescente qualificação feminina. As mulheres vêm subindo na escala da qualificação profissional ao mesmo tempo em que permanecem como as principais responsáveis pelas tarefas domésticas. Ou seja, avançam lá fora, sem reduzir os esforços de administrar a vida diária das próprias famílias. Isso não é pouco e deveria ser levado em conta toda vez que um homem aponta um dedo para acusar uma mulher de incompetência para o exercício do poder.

Não é incomum observarmos mulheres tendo suas carreiras afetadas por exposição de suas vidas íntimas ou, pior ainda, pela “criação” de “fatos”. Não é necessário que seja verdadeira uma determinada trama para se desqualificar uma mulher. Basta que a trapaça cause sensação nas plateias sedentas. Uma simples insinuação é recebida como a prova cabal da contradição ou da incapacidade feminina.

Diante deste cenário, resta a nós, mulheres que transitamos nas esferas de poder, a obrigação cotidiana de justificar a todo momento que temos, sim, capacidade de ocupar cargos de comando, de deliberar sobre as grandes questões nacionais, enfim, de participar, em iguais condições da vida política, econômica e social do nosso país. Sabemos que as intrigas atingem também alguns homens. Mas, os dissabores masculinos nesse quesito são meramente residuais, quando comparados às dificuldades das mulheres,

Precisamos refletir sobre a indústria das meias verdades maliciosas que somos obrigadas a suportar. Estender a mão à ministra Damares neste momento é, de certa forma, estender a mão a todas as mulheres vítimas da inveja e de todo tipo de baixa. Damares não está só! 



ARQUIVO PESSOAL

KARINA KUFA é Advogada, Professora e Presidente da Comissão de Compliance Eleitoral e Partidário da CF OAB.



Patrícia Montagner

ARQUIVO PESSOAL

Brasil precisa de educação para aproveitar o potencial da cannabis medicinal

“É hora de estimular médicos e outros profissionais de saúde a estudar e se preparar. Temos que formar gente com capacidade técnica para consolidar a terapia Endocanabinoide no Brasil.”

A cannabis medicinal tem um enorme potencial terapêutico e a comunidade médica deve liderar a construção de um ambiente mais favorável para a utilização da planta no tratamento de várias doenças no Brasil. Os benefícios estão comprovados na assistência de casos que vão desde doenças neuropsiquiátricas, problemas crônicos de pele até transtornos gastrointestinais. Estudos ainda apontam bons resultados em diversas novas aplicações, inclusive como adjuvante anti-inflamatório em pacientes com Covid.

Observamos recentemente um avanço importante com a aprovação do Projeto de Lei nº 399/15, por uma comissão especial da Câmara dos Deputados, para legalização do cultivo e produção da planta cannabis para fins medicinais no país. A venda de medicamentos à base da planta já estava autorizada desde 2017, quando a ANVISA registrou o Mevatyl®, remédio composto de

canabidiol e tetrahydrocannabinol (os dois principais elementos químicos da planta) para tratamento de espasmos associados à Esclerose Múltipla. São passos promissores, que demonstram que o Brasil segue na direção correta, mas ainda é necessário caminhar bastante para tornar os tratamentos à base de cannabis acessíveis, seguros e eficazes.

A prioridade do momento deve ser a educação. A falta de informação e um persistente estigma em relação à cannabis, com muita confusão entre uso medicinal e o uso recreativo, são hoje o principal empecilho para a popularização dos benefícios da Medicina Endocanabinoide no Brasil. Nossa prioridade, hoje, é combater a ignorância em relação ao assunto.

Nesse sentido, a comunidade médica é a liderança natural, e correta, no esforço de esclarecimento da sociedade. Mas, para tomar à frente, precisa se preparar melhor para isso. Por enquanto, poucos profissionais dominam o tema no Brasil e o desconhecimento ainda é regra entre a classe. A maioria das instituições de ensino, por exemplo, ignora a existência do Sistema Endocanabinoide e a utilização da cannabis medicinal como ferramenta de modulação desse sistema, apesar de resultados científicos contundentes publicados há décadas. Uma omissão espantosa, mas o problema é ainda maior.

À falta de interesse, juntam-se abordagens equivocadas. Pontos de vista passionais e extremistas – que consideram a cannabis ou um remédio milagroso ou um veneno perigoso – muitas vezes dominam e contaminam o ambiente. Tão importante quanto estimular o debate é garantir o nível técnico e imparcial da discussão.

Além disso, chegamos ao estágio em que será criado um mercado de proporções bilionárias e a relevância econômica da área é cada dia maior. Mais um motivo, portanto, para a urgência em garantir um processo guiado pelo conhecimento científico e pela ética, que cumpra a finalidade maior de proteger e proporcionar o bem-estar aos pacientes.

É hora de estimular médicos e outros profissionais de saúde a estudar e se preparar. Temos que formar gente com capacidade técnica para consolidar a terapia Endocanabinoide no Brasil. Pessoas que vão desenvolver esse ecossistema, criar padrões, fomentar práticas e inserir produtos qualificados nas redes pública e privada de saúde, impedir retrocessos, esclarecer e beneficiar a sociedade. E, principalmente, profissionais que vão diagnosticar, prescrever, realizar tratamentos de potencial transformador na qualidade de vida de milhares de pacientes portadores de doenças graves, refratárias e incapacitantes.

Nós, médicos, temos sempre a obrigação de garantir aos nossos pacientes a melhor assistência disponível e incorporar a nossa prática médica, ferramentas terapêuticas comprovadamente seguras e eficazes. E hoje, diante da enxurrada de artigos científicos publicados na área e da robustez de resultados observados diariamente na vida de centenas de milhares de pacientes, está claro que a terapia endocanabinoide e a cannabis medicinal demonstram ser uma excelente alternativa. 



O STF e a pandemia: Os reflexos da alta judicialização da saúde no País

■ POR WANDERLEI JOSÉ DOS REIS

“A situação da alta judicialização do direito à saúde no Brasil reflete normalmente a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível, na constante busca pela preservação da dignidade da pessoa humana, o que denota a urgência em se repensar a prestação do serviço de saúde pública no país e a implementação de medidas que proporcionem uma mudança definitiva do panorama atual.”

Sabido que os direitos fundamentais devem ser considerados verdadeira meta da limitação jurídica do Estado e o conteúdo essencial do Estado de Direito deve residir no reconhecimento desta esfera de autonomia onde os indivíduos são titulares de direitos subjetivos, oponíveis a terceiros e ao Estado.¹

A consagração constitucional dos direitos fundamentais teria sido a limitação de todos os poderes do Estado acompanhada do reconhecimento da supremacia da Constituição em relação ao Poder Legislativo ordinário.² Os direitos fundamentais assumiram, então, o caráter de direitos contra o Estado, de garantias da autonomia individual contrária às invasões do soberano.³

Igualmente, no prisma constitucional, releva notar que o Estado Democrático de Direito gravita em torno do princípio da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais, estando incluídos nos direitos fundamentais a liberdade, a igualdade e o mínimo existencial que devem ser realizados pelo Legislativo, Executivo e Judiciário na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

Nessa quadra de ideias, há que se assentar que a Carta Constitucional de 1988, intitulada de “Constituição Cidadã”, abriga em seu art. 5º, nos incisos I a LXXVIII, um vasto rol de direitos fundamentais, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, além de outros direitos fundamentais esparsos no seu texto ao longo dos 250 artigos, os quais possuem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF), protegendo-os, inclusive, de investidas do poder reformador (art. 60, § 4º, inciso IV, CF), elevando-os ao status de cláusulas pétreas, mantendo hígdas a identidade e a continuidade da Lei Maior. Além do que, segundo a advertência explícita do § 2º do art. 5º, os direitos e garantias previstos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais.

Assim, sob uma perspectiva dogmático-jurídica e devido ao seu conteúdo, podem ser entendidos também como direitos fundamentais outros postulados com rótulo diferente na Carta Magna, a exemplo dos direitos sociais estampados no art. 6º, *caput*, como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, bem como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, CF), haja vista que são inerentes à própria existência do ser humano.

A propósito, a Constituição da República de 1988 dispõe quanto à saúde de modo específico (arts. 6º, *caput*, e 196 a 200), tratando-a como direito social e universal, expressamente, nos arts. 6º, *caput*, e 196, *verbis*: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Outrossim, a Lei Magna dispõe sobre as ações e serviços de saúde como de relevância pública (art. 197), apresentando as diretrizes de um sistema único de atendimento no art. 198, dispositivo que, interpretado sistematicamente com as demais normas constitucionais, leva à conclusão de que o acesso integral à saúde pública é condicionado ao necessário ingresso do paciente no SUS e que, por meio deste, deve o cidadão receber do Estado todos os meios terapêuticos de que carece. Tais preceitos foram regulamentados pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) e pela Lei nº 8.142/90, que promovem o conceito de integralidade no campo da saúde.

Deveras, a saúde é, sem dúvida, direito fundamental consagrado ao indivíduo, diretamente afeto ao direito à vida, e, por conseguinte, indisponível,

irrevogável, irrenunciável, inalienável e intransmissível, sendo assim considerado pela jurisprudência do STF.

Regida pelos princípios da universalidade, da integralidade e da participação da comunidade, a saúde é um direito fundamental do indivíduo, da espécie que o jurista alemão Georg Jellinek convencionou chamar de “direitos de prestação”⁴, impondo ao Estado o dever de agir para implementar sua utilidade concreta, porquanto se realizam com a intervenção do Estado.

Com efeito, o direito público subjetivo à saúde, denota prerrogativa jurídica indisponível assegurada pela própria Carta Política da República a todos os brasileiros, tendo sido outorgado ao Poder Judiciário o papel de garantidor desses direitos, sendo que se evidencia cada vez mais um desejo social de concretização dos direitos sociais (prestações positivas), em especial no campo das políticas públicas relacionadas à saúde. Prova disso é que se tem verificado um crescente movimento de judicialização do direito à saúde no país, que nada mais é do que a obtenção de atendimento médico, medicamentoso e de procedimentos diagnósticos pela via judicial.

Assim, todos os temas afetos à ordem jurídica e ao sistema judiciário, inclusive o direito fundamental à saúde, dizem respeito obviamente ao Supremo Tribunal Federal, já que a atual Constituição Federal de 1988, lhe conferiu a tarefa de guardião do Texto Magno, estabelecendo, basicamente, três grupos de competências no art. 102, que podem ser assim divididas: competências originárias (inciso I do art. 102), competências recursais ordinárias (inciso II do art. 102) e competências recursais extraordinárias (inciso III do art. 102). Deste modo, passemos à análise das principais decisões do Pretório Excelso no que tange à pandemia.

ANÁLISE DO TEMA

No início de 2020, desencadeada pela pandemia de COVID-19, assistiu-se ao começo de uma grave crise sanitária em nível mundial, que não se limitou ao âmbito sanitário, impactando também na seara da economia, educação, liberdades e garantias individuais, entre outras, o que passou a demandar uma mudança comportamental de todas as pessoas e desencadeou o acionamento excessivo do Poder Judiciário no Brasil, especialmente do STF, num fenômeno já bastante conhecido no país da chamada judicialização da saúde, diante da grande produção de atos normativos sobre essa temática.

Para se ter uma noção da inflação normativa vivenciada no Brasil no período da pandemia, recente estudo da Faculdade de Saúde Pública da USP revelou que 3.049⁵ normas relacionadas à COVID-19, foram editadas só no âmbito da União em 2020. Ora, considerando, entre tantos outros pontos, a vacina como direito humano e dever do Estado, as flagrantes discrepâncias entre normas federais e estaduais na definição das atividades consideradas essenciais durante a pandemia e, sobretudo, o fato de que o direito fundamental à saúde possui previsão normativa nos arts. 6º, *caput*, e 196 a 200, da Carta Constitucional, inevitável, a nosso ver, que parte dessa gama de normas e atos normativos

expedidos viesse a ter sua compatibilidade com a ordem constitucional questionada perante o STF – como, aliás, pode ocorrer com qualquer ato emanado do Poder Público –, e que mais de 8 mil decisões fossem exaradas pela Corte nesse período a respeito da pandemia.

Com isso, há que se trazer à colação algumas das principais decisões do STF nessa temática, a luz dos seus limites de atuação constitucional, buscando-se fixar se, afinal, a Corte teria se excedido em relação às suas competências fixadas na Lei Fundamental ou simplesmente exercido o seu papel constitucional.

Inicialmente, na ADI nº 6.341/DF⁶, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) questionou no STF a Medida Provisória nº 926/2020, que altera a Lei nº 13.979/20, dispondo sobre medidas destinadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Segundo o autor da ação, a redistribuição de poderes de polícia sanitária introduzida pela MP nº 926/2020 na Lei nº 13.979/20, estaria interferindo no regime de cooperação entre os entes federativos, pois confiou à União as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos e atividades essenciais e de circulação.

Não obstante, o STF, por maioria, ao referendar a medida cautelar na ADI nº 6.341/DF, firmou entendimento no sentido de que a MP nº 926/2020 não afasta a competência concorrente da União, Estados e Municípios para executar medidas sanitárias, epidemiológicas e administrativas relacionadas ao combate ao novo coronavírus, haja vista a competência concorrente para legislar sobre saúde pública (art. 23, inciso II, CF), regulamentada, no plano infraconstitucional, pela Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS). Logo, Estados e Municípios podem determinar quarentenas, isolamento, restrição de atividades, sem que a União possa interferir no assunto.

Neste contexto, Moraes, ao fazer uma leitura crítica da decisão proferida pelo STF na apreciação da ADI nº 6.341/DF, asseverou que a Corte “atuou, no caso, como um Poder Moderador, ao assentar que durante a pandemia os Poderes Executivos Estaduais podem tomar medidas restritivas, isto é, definir quais atividades deverão ser suspensas. Impasse resolvido, decisão cumprida pelos Poderes”⁷.

Por um viés mais incisivo, Corrêa e Oliveira pontuam que a decisão emitida no julgamento da ADI nº 6.341/DF revela uma clara postura ativista do STF durante a pandemia, em que o Poder Judiciário foi provocado a agir diante da atuação deficiente ou omissa do Poder Executivo Federal no enfrentamento da crise sanitária, assim, “foi necessária a postura ativista do Poder Judiciário para tentar minimizar os efeitos devastadores do novo coronavírus”⁸.

Sob outra perspectiva, Sarlet, por sua vez, ressalta que a decisão plasmada na ADI nº 6.341/DF se afigura assaz importante, haja vista que, “num contexto altamente tensionado politicamente, reafirmou e explicitou a possibilidade de os Estados e os municípios adotarem, no plano legislativo e administrativo, medidas para o combate da pandemia, com reflexos evidentes tanto para a promoção como ao nível da restrição de direitos fundamentais”⁹.

Já Streck, numa posição acadêmica com a qual comungamos, ao analisar o entendimento cristalizado pelo STF no julgamento da ADI nº 6.341/DF, afirmou que “o Supremo apenas fez o óbvio: garantiu a estrutura cooperativa do federalismo, declarando o exercício compartilhado das referidas competências”¹⁰.

No bojo da ADI nº 6.351/DF¹¹, à qual foram apensadas duas ações que versavam sobre a mesma matéria (ADIs nº 6.347/DF e 6.535/DF), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) requereu a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da Lei nº 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020. Segundo o proponente, o dispositivo impugnado mitigaria o direito constitucional do cidadão à informação, à transparência e à publicidade dos atos dos órgãos e agentes públicos envolvidos no enfrentamento à pandemia de COVID-19.

Neste sentido, o Pretório Excelso, por unanimidade, ao referendar a medida cautelar anteriormente deferida pelo ministro Alexandre de Moraes na ADI nº 6.351/DF, que suspendeu a eficácia do art. 6º-B da Lei nº 13.979/2020 (Lei de Acesso à Informação), incluído pelo art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020, assentou que o dispositivo questionado transformaria “a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda sociedade”, além do que, “o acesso às informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta”.

Aliás, sabendo-se que o direito de acesso às informações públicas é uma das garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal, ao se fazer uma análise específica da decisão proferida pela Corte na ADI nº 6.351/DF, percebe-se que a atuação do STF, em certa medida, ao intervir em políticas públicas relativas ao combate à pandemia do coronavírus, apenas conferiu, mais uma vez, efetividade aos direitos fundamentais, máxime o direito à informação, consagrado no art. 5º, inciso XIV, CF: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; e no art. 5º, inciso XXXIII, CF: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”.

Entrementes, nas ADPFs nº 668/DF¹² e 669/DF¹³, ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e pelo partido Rede Sustentabilidade, o STF foi instado a analisar a constitucionalidade da campanha publicitária do Governo Federal denominada “O Brasil não pode parar”, veiculada na mídia e nas redes sociais. Conforme os autores das ações, o vídeo divulgado na campanha publicitária estaria propagando informações falsas, consubstanciadas na ideia de que a COVID-19 não ofereceria risco real e grave à população, podendo gerar desinformação e incentivar os brasileiros a um comportamento que, posteriormente, ocasionaria grave contágio e comprometimento da saúde pública e da vida.

Com efeito, o ministro Roberto Barroso, relator, ao deferir a medida cautelar vindicada nas ADPFs nº 668/DF e 669/DF, proibiu a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que sugerisse o retorno da população às suas atividades plenas, ou ainda, que atenuasse os riscos da pandemia para a saúde e a vida da população. Na visão do ministro, a contratação de campanhas publicitárias pelo Governo Federal com o intuito de disseminar informações distorcidas acerca da real gravidade dos efeitos da contaminação pelo coronavírus “traduz uma aplicação de recursos públicos que não observa os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, além de deixar de alocar valores escassos para a medida que é a mais emergencial: salvar vidas (art. 37, *caput* e § 1º, CF)”.

De acordo com o magistério de Steinmetz, a decisão proferida pelo STF no exame das ADPFs nº 668/DF e 669/DF “indica o propósito deliberado de posicionar o STF como um protagonista não apenas jurídico, mas também como um protagonista político no enfrentamento da Covid-19”¹⁴. No mesmo diapasão, vaticinou que, num ambiente de crise sanitária, em que há uma clara divergência entre posições aditadas pelo Governo Federal e pelos Estados e Municípios acerca das medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19, “o STF sentiu-se compelido a tomar uma decisão que extrapolou os limites do direito processual e material posto”¹⁵.

A nosso ver, a postura do Tribunal Maior nas ADPFs nº 668/DF e 669/DF, da mesma forma que a decisão proferida na ADI nº 6.351/DF, mesmo que, em certa medida, tenha incidido sobre políticas públicas relativas ao combate à pandemia do coronavírus, apenas conferiu concretude a direitos fundamentais, nomeadamente o direito à informação de qualidade (art. 5º, inciso XXXIII, CF, regulamentado pela Lei nº 12.527/2011), reafirmando o papel constitucional da Corte, não havendo se falar aí em ativismo judicial.

Já na ADI nº 6.357/DF¹⁶, o presidente da República acionou o STF para que fosse conferida interpretação conforme a Constituição aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), e ao art. 114, *caput*, *in fine*, e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020), sob a justificativa de que a incidência pura e simples de tais restrições orçamentárias, sem levar em conta o atual cenário de crise deflagrado pela pandemia de COVID-19, feriria de morte a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), a garantia do direito à saúde (arts. 6º, *caput*, e 196, CF), os valores sociais do trabalho e a garantia da ordem econômica (arts. 1º, inciso I, 6º, *caput*, 170, *caput*, e 193), motivo pelo qual requereu o afastamento da aplicação de tais condicionantes fiscais tão somente às despesas necessárias ao enfrentamento do contexto de calamidade inerente ao coronavírus.

Ao deferir a medida cautelar na ADI nº 6.357/DF, o ministro Alexandre de Moraes, relator, concedeu interpretação conforme a Constituição Federal aos dispositivos impugnados, de modo que, durante a emergência em saúde pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, restou afastada a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação ou expansão de programas

públicos voltados ao enfrentamento da conjuntura de calamidade gerado pela disseminação do coronavírus, estendendo os efeitos da medida cautelar a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia.

Na esteira de Mendes, a decisão proferida pela Corte no julgamento da ADI nº 6.357/DF se revela deveras importante, na medida em que “a construção de uma jurisprudência atuante e aberta ao grave contexto atual possibilitou um ambiente institucional equilibrado para a implementação das medidas necessárias à contenção da pandemia”¹⁷.

Outrossim, aportaram no STF as ADPFs nº 661/DF¹⁸ e 663/DF¹⁹, propostas, respectivamente, pelo Partido Progressista (PP) e pelo presidente da República, em face de atos editados pelas Mesas Diretoras do Senado Federal e da Câmara dos Deputados que, tratando de medidas relacionadas ao funcionamento parlamentar durante a crise de saúde pública decorrente da pandemia de COVID-19 (coronavírus), dispensaram o comparecimento de parlamentares em situações de vulnerabilidade, bem como restringiu o acesso às dependências físicas do Parlamento. Segundo o partido político arguente, o sistema de funcionamento virtual priorizaria a deliberação apenas das matérias relacionadas ao enfrentamento da COVID-19, em detrimento da regular tramitação das propostas de Medidas Provisórias apresentadas pelo Poder Executivo. O chefe do Executivo Federal, por sua vez, afirmou que o atual panorama caracterizaria situação de excepcionalidade no funcionamento do Congresso Nacional, o que poderia comprometer o regular andamento do processo legislativo, sobretudo das medidas provisórias, assim, requereu a ampliação do prazo para a apreciação das medidas provisórias e a suspensão da contagem do prazo de conversão de tais proposições legislativas.

O Tribunal Excelso, por maioria, ao referendar medidas cautelares anteriormente concedidas pelo ministro Alexandre de Moraes nas ADPFs nº 661/DF e 663/DF, permitiu que, durante a emergência em saúde pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, as medidas provisórias fossem instruídas diretamente no plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer em substituição à Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental, bem como que, em deliberação nos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque pudessem ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa, sem prejuízo da possibilidade das Casas Legislativas regulamentarem a complementação desse procedimento legislativo regimental.

Igualmente, nas ADIs nº 6.421/DF²⁰, 6.422/DF²¹, 6.424/DF²², 6.425/DF²³, 6.427/DF²⁴, 6.428/DF²⁵ e 6.431/DF²⁶, propostas pelo Partido Rede Sustentabilidade (REDE), Partido Popular Socialista (PPS), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PC do B), Associação Brasileira de Imprensa (ABI), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Verde (PV),

respectivamente, o STF foi provocado a se manifestar acerca da constitucionalidade da Medida Provisória nº 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19. Conforme os autores das ações, a medida provisória em tela estaria restringindo a responsabilização dos agentes públicos, ao dispor que eles somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da COVID-19.

O STF, por maioria e nos termos do voto do relator, ministro Roberto Barroso, deferiu, em parte, a medida cautelar pleiteada nas ADIs nº 6.421/DF, 6.422/DF, 6.424/DF, 6.425/DF, 6.427/DF, 6.428/DF e 6.431/DF para, ao conferir interpretação conforme a Constituição aos dispositivos da MP 966/2020, que versam sobre a responsabilização dos agentes públicos por atos relacionados com a pandemia de COVID-19, fixar as seguintes teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (I) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (II) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (I) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (II) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.

Neste ponto, segundo a ótica de Corrêa e Oliveira, a decisão emanada pelo Tribunal Máximo no julgamento ADIs nº 6.421/DF, 6.422/DF, 6.424/DF, 6.425/DF, 6.427/DF, 6.428/DF e 6.431/DF é um exemplo de performance ativista durante a pandemia da COVID-19, em que o Judiciário assumiu o protagonismo em face da ineficiência ou omissão do Governo Federal no enfrentamento da grave crise sanitária provocada pelo coronavírus, daí dizerem que “foi necessária a postura ativista do Poder Judiciário para tentar minimizar os efeitos devastadores do novo coronavírus”²⁷.

Medina e Toledo, por seu turno, advogam a tese de que o Poder Executivo Federal, ao editar a MP nº 966/2020, teria provocado um “ativismo às avessas” ao tentar afastar a culpa e o nexo de causalidade como pressupostos da responsabilidade civil por meio de medida provisória, ao passo que o STF teria incorrido em flagrante confusão conceitual, porquanto, ao invés de analisar a constitucionalidade ou não da medida provisória, passou “a discutir as políticas que devem ser adotadas pelo Poder Executivo no enfrentamento à pandemia de COVID-19 com fundamento em ‘valores’ pessoais do intérprete que usa a Constituição Federal para legitimar suas decisões”²⁸.

No mesmo tom crítico, Oliveira e Furlan discorrem que a tese encampada pelo STF no julgamento das ADIs nº 6.421/DF, 6.422/DF, 6.424/DF, 6.425/DF,

6.427/DF, 6.428/DF e 6.431/DF, consistente em evitar o abuso do Poder Executivo pela não imputação de responsabilidade aos agentes públicos, carrega em si um risco compensatório, na medida em que permite que o Judiciário delibere sobre as decisões racionalmente arbitrárias do Poder Executivo e pratique, ele mesmo, tais decisões. “Em outros termos, quando buscou ‘tapar’ um buraco, criou outro, só que para o próprio Judiciário”²⁹.

Outro caso polêmico julgado pelo STF na pandemia se deu na ADPF nº 635/RJ³⁰, de relatoria do ministro Edson Fachin, em que o Partido Socialista Brasileiro (PSB), questionou os Decretos Estaduais nº 27.795/01 e 46.775/2019, que regulamentam as políticas de segurança pública do governo do Estado do Rio de Janeiro. Segundo o partido político proponente, desde abril de 2020, houve um aumento no número de operações policiais no Estado do Rio de Janeiro e, ao mesmo tempo, uma excessiva e crescente letalidade da atuação das forças de segurança que, em tese, estaria violando preceitos fundamentais como a vida, a dignidade da pessoa humana, o direito à segurança e à inviolabilidade do domicílio, o direito à igualdade e a prioridade na garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes como dever do Estado.

A Corte Excelsa, por maioria, ao referendar a medida cautelar deferida na ADPF nº 635/RJ, determinou que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não fossem realizadas operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia da COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, fossem adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Ademais, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, em conjunto com seis partidos políticos (PSB, PSOL, PC do B, Rede, PT e PDT), ajuizaram a ADPF nº 709/DF³¹, de relatoria do ministro Roberto Barroso, em que argumentaram que haveria falhas e omissões do Governo Federal no combate ao novo coronavírus nas aldeias indígenas. Assim, com base nesses argumentos, requereram a adoção, por parte do Executivo Federal, de medidas de proteção e promoção da saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRCs), bem como de adoção de medidas mais amplas voltadas à saúde dos povos indígenas em geral.

Neste passo, o STF, por maioria, ao cancelar a medida cautelar parcialmente deferida pelo relator na ADPF nº 709/DF, determinou à União que formulasse, no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do Conselho Nacional dos Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas. Quanto aos povos indígenas em isolamento, foi determinada: (I) a criação de barreiras sanitárias que impedissem o ingresso de terceiros em seus territórios e; (II) a criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia. No

que tange aos povos indígenas em geral, ordenou: (I) a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (INFRA), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas; (II) imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas e; (III) extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados.

A respeito disso, Kaufmann averba que as ADPFs, em razão de sua abertura de objeto e por ter como paradigma o conceito amplo de “preceito fundamental”, têm sido utilizadas como “ações coringas” para se discutir toda e qualquer matéria. Ressalta também que, juntamente aos pedidos amplos, “estão também alegações genéricas e panfletárias que apenas se prestam para emoldurar ímpetos de ativismo judicial até agora irrefreáveis”³². Esse arranjo observado nas ADPFs daria aos ministros plenos poderes de gestão administrativa e de produção normativa, como ocorreu no caso da ADPF nº 709/DF, em que os ministros teriam se transformado em verdadeiros implementadores de políticas públicas.³³

Nessa mesma toada, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propuseram a ADPF nº 756/DF³⁴, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, em que narraram o caos na saúde pública no Estado do Amazonas, sobretudo na capital Manaus, diante da situação de contaminação e agravamento de casos de COVID-19, quadro esse piorado em razão da falta de insumos básicos, como oxigênio hospitalar e mão de obra qualificada. Em acréscimo, asseverou que o Governo Federal não estaria cumprindo com o seu dever de efetivar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos amazonenses e manauaras, falhando na garantia ao direito básico à vida, bem como à saúde e, ao fim, à própria dignidade da pessoa humana.

Por unanimidade, o STF, ao referendar a medida cautelar concedida pelo ministro Ricardo Lewandowski, no âmbito da ADPF nº 756/DF, em 15.01.2021, determinou à União que promovesse, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências, devendo também apresentar à Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros, devendo atualizar o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional.

Entrementes, nas ADIs nº 6.586/DF³⁵ e 6.857/DF³⁶, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) acionaram o STF para que fosse conferida interpretação

conforme os arts. 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198, da Constituição Federal, ao art. 3º, inciso III, alínea *d*, da Lei nº 13.979/2020. Em suas razões, alegam os autores que o presidente da República havia declarado publicamente que a vacina contra a COVID-19 não será obrigatória no país, contrariando a opinião de médicos infectologistas, que consideram que o seu emprego é fundamental para preservar vidas e atingir a denominada “imunidade de rebanho”. Sustentam, igualmente, que o art. 3º, inciso III, alínea *d*, da Lei nº 13.979/2020, prevê a possibilidade de vacinação compulsória, desde que seja determinada com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde.

Após analisar os argumentos alinhavados nas ADIs nº 6.586/DF e 6.857/DF, o STF, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos termos do voto do relator, autorizando a vacinação compulsória durante a pandemia, fixando, porém, as seguintes balizas: (a) vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (I) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (II) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (III) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (IV) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (V) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (b) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Ainda, o STF se deparou com mais uma ação relacionada à pandemia da COVID-19, o MS nº 37.760/DF, de relatoria do ministro Roberto Barroso, impetrado pelos senadores Alessandro Vieira (CIDADANIA) e Jorge Kajuru (PODEMOS), ajuizado em 11.03.2021, visando à obtenção de provimento jurisdicional, para que o presidente do Senado Federal adote as providências necessárias no sentido de instaurar a comissão parlamentar de inquérito (CPI) para a apuração de eventuais atos omissivos e comissivos do Governo Federal no cenário de crise de saúde pública deflagrado pela pandemia de COVID-19, em especial no agravamento da crise no Amazonas com a falta de oxigênio e insumos hospitalares para os pacientes internados. Argumentam também que a instauração de inquérito parlamentar, uma vez satisfeitos os seus requisitos constitucionais, é direito fundamental da minoria parlamentar e que a recusa do presidente da Casa Legislativa em proceder à leitura do requerimento de instalação da CPI viola direito líquido e certo dos seus subscritores.

A par disso, em julgamento realizado em 14.04.2021, o STF, por decisão majoritária, referendou a medida cautelar anteriormente deferida pelo relator no MS nº 37.760/DF, para determinar ao Senado Federal a adoção das providências necessárias à criação e instalação da comissão parlamentar de inquérito para a apuração da conduta do Executivo Federal no enfrentamento da

pandemia de COVID-19. Conforme assentou o relator, a instalação de uma CPI não está vinculada a um juízo discricionário do presidente ou do plenário da Casa Legislativa, assim, “não pode o órgão diretivo ou a maioria parlamentar se opor a tal requerimento por questões de conveniência e oportunidade políticas. Atendidas as exigências constitucionais, impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito”.

Mais recentemente, o Partido Social Democrático (PSD), por meio da ADPF nº 811/SP³⁷, ajuizada em 19.03.2021, questionou a constitucionalidade do Decreto nº 65.563, do Estado de São Paulo, que vedou a realização de cultos, missas e outras atividades religiosas no Estado. Discorre o requerente, em síntese, que, a pretexto de instituir medidas de contenção à transmissão do novo coronavírus, o decreto impugnado estabeleceu restrições totais ao direito fundamental à liberdade religiosa e de culto das religiões que adotam atividades de caráter coletivo, criando tanto proibição inconstitucional, quanto discriminação inconstitucional, haja vista a existência de práticas religiosas que não possuem ritos que envolvem atividades coletivas.

Em 08.04.2021, o STF, por maioria, ao converter o julgamento do referendo à liminar em julgamento de mérito, julgou improcedentes os pedidos formulados na ADPF nº 811/SP, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes, mantendo a proibição temporária da realização de cultos, missas e outras atividades religiosas coletivas presenciais no Estado de São Paulo, como medida de enfrentamento à pandemia de COVID-19. Neste sentido, o Tribunal firmou entendimento no sentido de que, em um contexto de pandemia, a imposição de restrições pelo Estado ao exercício das atividades religiosas coletivas não fere o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes ponderou que a lei deve proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, “a não ser que assim o imponha algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada”.

Por fim, aportaram ao STF outros três processos emblemáticos relacionados à pandemia da COVID-19, onde todos questionavam a realização da Copa América de Futebol no Brasil, que se iniciaria no domingo seguinte, dia 13 de junho de 2021, com jogos no Rio de Janeiro/RJ, em Cuiabá/MT, em Goiânia/GO e em Brasília/DF, alegando riscos à saúde pública e de disseminação da pandemia.

Em sessão virtual extraordinária realizada imediatamente na quinta-feira (10.06.2021) anterior ao início do torneio, o plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou as três ações.

Inicialmente, a ADPF nº 849/DF³⁸, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM), questionava a decisão do governo federal de sediar a Copa América de Futebol e pedia a suspensão do acordo com a Confederação Sul-Americana de Futebol (Conmebol) que teria autorizado sua realização, sendo que o Tribunal, por unanimidade, acompanhou o entendimento da relatora de que a CNTM não tem legitimidade para ajuizar a ADPF, em razão da ausência de pertinência temática entre seus objetivos estatutários, que visam à defesa de metalúrgicos,

mecânicos e trabalhadores de material elétrico, eletrônico e de informática, e a eventual realização de jogos do torneio.

Ainda, na ADPF nº 756/DF³⁹, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Partido dos Trabalhadores (PT) apresentou pedido de tutela incidental para a interrupção de qualquer ato do governo federal que viabilize a realização da competição no país. *In casu*, por 6 votos a 5, prevaleceu a rejeição integral do pedido. De acordo com o ministro Marco Aurélio, o STF não pode substituir o Poder Executivo e exercer crivo sobre a decisão de caráter estritamente administrativo, sinalizando como se deve proceder para definir a realização ou não de evento no país. Além disso, as fronteiras continuam abertas e estão sendo realizados torneios de futebol, como o Campeonato Brasileiro, a Copa Brasil e a Libertadores da América, com a participação de times nacionais e estrangeiros, sem a presença de torcedores nos estádios.

Finalmente, no MS nº 37933/DF⁴⁰, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o deputado federal Júlio Delgado (PSB-MG) buscavam em sede de mandado de segurança a suspensão de atos legais e administrativos do governo federal que permitam, promovam ou facilitem a realização do torneio no Brasil. Também neste caso, o Tribunal, por maioria, negou seguimento ao mandado de segurança, nos termos do voto da relatora, vencidos os ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação da alta judicialização do direito à saúde no Brasil reflete normalmente a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível, na constante busca pela preservação da dignidade da pessoa humana, o que denota a urgência em se repensar a prestação do serviço de saúde pública no país e a implementação de medidas que proporcionem uma mudança definitiva do panorama atual.

Sabido que a jurisdição constitucional funciona como um mecanismo tutelador da supremacia constitucional e que foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal, de forma expressa no art. 102, *caput*, da Lei Fundamental, o papel de seu guardião, o principal garantidor de sua supremacia no ordenamento jurídico e o órgão a quem incumbe a última palavra formal quanto à sua interpretação. Com efeito, das dezenas de competências constitucionalmente atribuídas ao STF as que, sem dúvida, mais se destacam são aquelas afetas diretamente à jurisdição constitucional.

Da mesma forma, há que se assentar que os direitos de prestação devem ser oferecidos à população balizados pelo princípio da eficiência, estampado no *caput* do art. 37 da Carta Constitucional de 1988. Disso decorre que a saúde deve ser prestada de acordo com os parâmetros de alcance de resultados otimizados, presteza e eficiência.

Pois bem, assentadas essas premissas, em conclusão, em função de uma certa percepção de ativismo judicial de alguns doutrinadores ou segmentos sociais no que tange à atuação do STF na pandemia e da manifesta

equivocidade que gravita em torno desse termo, não se verificou até agora, a nosso ver, nenhum excesso judicial da Corte Suprema nessa temática porquanto ela, uma vez provocada, tem atuado nos estritos limites de sua competência constitucional dirimindo todas as querelas atinentes à saúde que chegam ao seu conhecimento. 

NOTAS

- 1 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76.
- 2 *Ibidem*, pp. 77-78.
- 3 Em outra obra, onde Novais também trata dos direitos fundamentais, explora suas dimensões objetiva e subjetiva e os denomina de direitos de liberdade, distinguindo-os dos direitos sociais (NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 49).
- 4 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.
- 5 DIREITOS NA PANDEMIA. Boletim nº 10. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- 6 BRASIL. STF. ADI nº 6.341/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 15.04.2020, publicado em 07.05.2020.
- 7 MORAIS, Frank Silva de. A legitimidade democrática das decisões ativistas atípicas do Supremo Tribunal Federal: fundamento para a restauração do equilíbrio entre os poderes e a proteção da democracia. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional. Junho de 2020. *In*: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_ed1396f136d-72c573aed66989915304d>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- 8 CORRÊA, Ana Graziela Vaz de Campos Alves; OLIVEIRA, Hanae Yamamura de. Decisões judiciais e lockdown: Judiciário em tempos de pandemia. *In*: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides (coords.). *Ativismo Judicial em tempos de pandemia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, pp. 166-167.
- 9 SARLET, Ingo Wolfgang. O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 – uma retrospectiva. 15 de janeiro de 2021. *In*: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- 10 STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Desinformação e a hostilidade para com o Direito: o caso da CPI da Covid. 9 de abril de 2021. *In*: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/streck-oliveira-desinformacao-hostilidade-direito>>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- 11 BRASIL. STF. ADI nº 6.351/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 09.04.2020, publicado em 14.08.2020.
- 12 BRASIL. STF. ADPF nº 668/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020, publicado em 11.05.2020.
- 13 BRASIL. STF. ADPF nº 669/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020, publicado em 11.05.2020.
- 14 STEINMETZ, Wilson. Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e covid-19: uma conjectura a partir da ADPF 669. 29 de outubro de 2020. *In*: Portal Periódicos da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/26595/15814>>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- 15 *Idem*.
- 16 BRASIL. STF. ADI nº 6.357/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 13.05.2020, publicado em 15.05.2020.

- 17 MENDES, Gilmar Ferreira. O Supremo Tribunal Federal e a pandemia da Covid-19. 26 de setembro de 2020. *In*: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-26/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-pandemia-covid>>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- 18 BRASIL. STF. ADPF nº 661/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 21.12.2020, publicado em 08.01.2021.
- 19 BRASIL. STF. ADPF nº 663/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 21.12.2020, publicado em 08.01.2021.
- 20 BRASIL. STF. ADI nº 6.421/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 03.06.2020.
- 21 BRASIL. STF. ADI nº 6.422/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 12.11.2020.
- 22 BRASIL. STF. ADI nº 6.424/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 12.11.2020.
- 23 BRASIL. STF. ADI nº 6.425/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.
- 24 BRASIL. STF. ADI nº 6.427/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.
- 25 BRASIL. STF. ADI nº 6.428/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.
- 26 BRASIL. STF. ADI nº 6.431/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 21.05.2020, publicado em 13.11.2020.
- 27 CORRÊA, Ana Graziela Vaz de Campos Alves; OLIVEIRA, Hanae Yamamura de. Decisões judiciais e lockdown: Judiciário em tempos de pandemia. *In*: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides (coords.). Ativismo Judicial em tempos de pandemia. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, pp. 166-167.
- 28 MEDINA, Janaína de Castro Marchi; TOLEDO, Renata Maria Silveira. *In*: Research, Society and Development, v. 10, nº 3, e9010313009, 2021, p. 15. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13009>>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- 29 OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo. Uma breve crítica da tese do STF na ADI 6421 à luz da visão schmittiana de Adrian Vermeuele e Eric Posner. *In*: Colloquium Socialis. Presidente Prudente/SP, v. 04, nº 4, out/dez 2020, p. 35. Disponível em: <<http://journal.unoeste.br/index.php/cs/index>>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- 30 BRASIL. STF. ADPF nº 635/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2020, publicado em 19.08.2020.
- 31 BRASIL. STF. ADPF nº 709/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2020, publicado em 12.08.2020.
- 32 KAUFMANN, Rodrigo. Desfiguração e aprimoramento da jurisdição constitucional. 6 de março de 2021. *In*: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/observatorio-constitucionaldesfiguracao-aprimoramento-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- 33 Idem.
- 34 BRASIL. STF. ADPF nº 756/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Liminar deferida em parte em 15.01.2021.
- 35 BRASIL. STF. ADI nº 6.586/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2020, publicado em 05.02.2021.
- 36 BRASIL. STF. ADI nº 6.587/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2020, publicado em 05.02.2021.
- 37 BRASIL. STF. ADPF nº 811/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 08.04.2021, publicado em 22.04.2021.
- 38 BRASIL. STF. ADPF nº 849/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2021.
- 39 BRASIL. STF. ADPF nº 756/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2021.
- 40 BRASIL. STF. MS nº 37933/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2021.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.
- CORRÊA, Ana Graziela Vaz de Campos Alves; OLIVEIRA, Hanae Yamamura de. Decisões judiciais e lockdown: Judiciário em tempos de pandemia. In: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides (coords.). *Ativismo Judicial em tempos de pandemia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.
- DIREITOS NA PANDEMIA. Boletim nº 10. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- KAUFMANN, Rodrigo. Desfiguração e aprimoramento da jurisdição constitucional. 6 de março de 2021. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/observatorio-constitucionaldesfiguracao-aprimoramento-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- MEDINA, Janaína de Castro Marchi; TOLEDO, Renata Maria Silveira. In: *Research, Society and Development*, v. 10, nº 3, e9010313009, 2021, p. 15. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13009>>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Supremo Tribunal Federal e a pandemia da Covid-19. 26 de setembro de 2020. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-26/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-federal-pandemia-covid>>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- MORAIS, Frank Silva de. A legitimidade democrática das decisões ativistas atípicas do Supremo Tribunal Federal: fundamento para a restauração do equilíbrio entre os poderes e a proteção da democracia. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional. Junho de 2020. In: *Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações*. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_ed1396f136d-72c573aed66989915304d>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FURLAN, Lorenzo. Uma breve crítica da tese do STF na ADI 6421 à luz da visão schmittiana de Adrian Vermeuele e Eric Posner. In: *Colloquium Socialis*. Presidente Prudente/SP, v. 04, nº 4, out/dez 2020, p. 35. Disponível em: <<http://journal.unoeste.br/index.php/cs/index>>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O STF e os direitos fundamentais na crise da Covid-19 – uma retrospectiva. 15 de janeiro de 2021. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/direitos-fundamentais-stf-direitos-fundamentais-covid-19>>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- STEINMETZ, Wilson. Protagonismo político-institucional do Supremo Tribunal Federal e covid-19: uma conjectura a partir da ADPF 669. 29 de outubro de 2020. In: *Portal Periódicos da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC*. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/26595/15814>>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Desinformação e a hostilidade para com o Direito: o caso da CPI da Covid. 9 de abril de 2021. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/streck-oliveira-desinformacao-hostilidade-direito>>. Acesso em: 14 abr. 2021.



AROLDINO PESSOA

WANDERLEI JOSÉ DOS REIS é Pós-doutor e doutor em Direito. Mestre em Direito Constitucional. Doutorando em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa. Graduado em Direito e em Ciências e Matemática (ênfase em informática). MBA em Poder Judiciário pela FGV Rio. Especialista em Filosofia e Direitos Humanos, Educação, Direito Constitucional (dois cursos), Direito Ambiental, Direito Internacional, Direito Eleitoral, Direito Penal e Processual Penal, Direito Administrativo e Contratos, Direito Público Avançado, Direito Processual Civil Avançado, Direito de Família e Direito Tributário e Processual Tributário. Escritor. Autor de inúmeras obras e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e Europa. Membro da Academia Mato-grossense de Letras (AML) e da Academia Mato-grossense de Magistrados (AMA). Juiz de direito e juiz eleitoral em MT. Ex-delegado de polícia e ex-militar de carreira do Exército.

Demandas pelo uso de tecnologias reforçadas para monitoramento de serviços financeiros digitais – Regtech e Suptech

■ POR FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO



“As oportunidades devem buscar a consistência entre poderes regulatórios e uso adequado das tecnologias nas tarefas de regulação e supervisão dos agentes de mercado.”

Com os mais recentes episódios de fraudes e evasão de divisas envolvendo criptomoedas em distintas regiões do globo, autoridades monetárias e de mercados de capitais correm para fortalecer as ações de supervisão e controle. As chamadas Regtech e Suptech vieram para ficar. Isso porque existe uma pressão vinda dos próprios agentes

econômicos no mundo financeiro, que alavancam ferramentas de tecnologia para conduzir negócios, prever tendências e prestar serviços e buscam uma contrapartida sólida, previsível e sólida das autoridades. Reguladores de serviços financeiros também estão desenvolvendo novas tecnologias para monitorar mercados, supervisionar instituições financeiras e conduzir outras atividades administrativas.

Um mercado de serviços e soluções para regular digitalmente desponta com essas demandas, pois tecnologias são propositalmente construídas para facilitar o trabalho de supervisão dos reguladores. Nos últimos anos, essa parcela tem conquistado seu próprio cluster de tecnologia de supervisão, ou “supertecnologia”. Esse interesse hoje prolifera em todo o globo, sobretudo em vista do conjunto diversificado de reguladores prudenciais e de conduta.

Uma amostra de reguladores que desenvolvem suptech inclui o FDIC, CFPB, FINRA e Federal Reserve nos EUA; o FCA e o Bank of England do Reino Unido; o National Bank of Rwanda na África; assim como o ASIC, HKMA e MAS na Ásia. Outros “super reguladores” também estão engajados em esforços suptech como o Banco de Compensações Internacionais e o Banco Mundial.

A CVM brasileira esteve envolvida com essas frentes, particularmente em rede estruturada pela Organização Internacional de Comissões de Valores Mobiliários, a IOSCO (International Organization of Securities Commissions), como no Comitê de Riscos Emergentes, onde foram mapeadas iniciativas e o uso de tecnologia para fins de regulação e supervisão (Regtech e Suptech).

Por que o Brasil teria de aprofundar essas ações?

Primeiro, porque o país comporta hoje um enorme contingente de usuários de serviços digitais, além de empresas atuantes em segmentos de pagamentos digitais e outros serviços financeiros e preocupações em torno de segurança cibernética também aparecem. A LGPD também ampliou direitos e obrigações relacionados a proteção de dados, o que repercute sobre regimes de compartilhamento de dados entre reguladores e regulados.

Segundo, porque o Brasil tem uma combinação ideal – sólidos marco legal digital e marco regulatório de mercados de capitais. O uso de Regtech e Sup-tech acaba sendo crucial, por exemplo, para elaboração e adoção de relatórios regulamentares, regulação legível por máquina e supervisão de mercado e condutas dos agentes.

Dessa forma, no caso brasileiro, as oportunidades devem buscar a consistência entre poderes regulatórios e uso adequado das tecnologias nas tarefas de regulação e supervisão dos agentes de mercado, como aplicações e programas de computador certificados e conformes a LGPD. Além disso, o uso de tecnologias não pode ser feito para monitoramento no sentido de vigilância, mas de controle regulatório legítimo. **C**



FABRICIO BERTINI PASQUOTO POLIDO é Advogado, Professor associado de Direito Internacional, Direito Comparado e Novas Tecnologias da Faculdade de Direito da UFMG, doutor em Direito Internacional pela USP.

Algorocracia: efeitos do modelo de governança por meio dos algoritmos no nosso destino

■ POR JOSÉ MATIAS-PEREIRA

“O seu uso exponencial, ao mesmo tempo que coloca a disposição da população uma poderosa ferramenta de conhecimento, que produz enormes benefícios, também provoca cerceamentos, controle e manipulação, de forma sorrateira e insuspeita, indo muito além da percepção ou da vontade de ação do indivíduo.”

A quarta revolução tecnológica, apoiada em tecnologias de informação e comunicação (TIC) e tecnologias computacionais, foram responsáveis em romper os paradigmas existentes. Essas novas tecnologias permitiram a criação da inteligência artificial, big data, internet das coisas, machine learning, automação, entre outras. Elas abriram o caminho para novas formas de governar, a partir de promessas de maior eficiência, qualidade e precisão na gestão.

Na base dessas transformações, que estão permitindo o surgimento de um novo mundo, estão os algoritmos, cuja efetividade e legitimidade é percebida de forma confusa por uma grande parcela da população mundial. Consta-se que, os algoritmos, que tem origem na matemática, para descrever as regras para as equações algébricas, e a inteligência artificial – IA, estão presentes, de forma irreversível, em praticamente todas as esferas da vida humana¹.

Para diversos autores, como por exemplo, Aneesh (2009); Danaher (2016); Lorenz; Meijer; Schuppan (2020); e Kellogg; Valentine; Christin, 2020, o modelo de governança automatizado ou semiautomatizado, denominado algorocracia, cuja base são os algoritmos, tem a capacidade de substituir a supervisão, intervenção e gestão humana.

Algoritmo, no campo da informática, pode ser aceito, num sentido amplo, como um conjunto de regras e operações sequenciais, lógicas e não ambíguas, que, ao serem aplicadas a um conjunto de dados num número finito de etapas, resulta

na solução de um problema ou na execução de uma tarefa. Assim, os algoritmos estão na base do processo de programação dos computadores e desenvolvimento de softwares, e integram uma parcela das ferramentas pelas quais programadores criam estratégias para fracionar problemas em etapas e processos, descritas de forma clara e objetiva para permitir que o computador possa realizá-las.

Este artigo tem como objetivo principal analisar os efeitos do modelo de governança por meio dos algoritmos no destino das pessoas. Trata-se de um ensaio teórico, qualitativo, apoiado na literatura, em especial, artigos científicos, que tratam do tema “algorocracia”.

Feitas essas considerações, torna-se possível perguntar: O modelo de governança por meio dos algoritmos estão impactando no destino das pessoas?

UTILIZAÇÃO DOS ALGORITMOS EM ÁREAS SENSÍVEIS PARA A HUMANIDADE

Os algoritmos são utilização em profusão em diversas áreas sensíveis para a humanidade, como por exemplo, as aplicações industriais, que vão desde reconhecimento de caracteres a citologia automatizada; aplicações médicas, desde análise de eletrocardiogramas a estudos genéticos; aplicações na agricultura, desde análise de colheitas a avaliação de solos; aplicações governamentais, desde previsão meteorológica a previsões econômicas; e aplicações militares, desde análise de fotografia aérea a reconhecimento automático de alvos – ATR.

Por sua vez, é necessário alertar que, algoritmos complexos estão sendo utilizados por governos em grande parte do mundo para automatizar suas decisões, nas áreas social, econômica, política, ambiental e cultural. Registre-se que, no modelo de governança algorítmica não deve ser entendida como governança do algoritmo, mas realizada por meio dele.

ALGORACIA: A ERA DOS ALGORITMOS

Observa-se, a partir da estreita conexão que existe entre tecnologia, política e a participação democrática, que a humanidade está vivendo a era dos algoritmos. Diante dessa realidade, na qual as matemáticas e as ciências da computação estão transformando em um poderoso mecanismo de influência e de governança da sociedade, pode-se argumentar que o algoritmo e a inteligência artificial estão contribuindo para a consolidação da algorocracia, entendida como o modelo de governança pelo algoritmo (ANEESH, 2009)².

Aneesh (2009), define algorocracia como o modelo de governança pelo algoritmo, sendo como uma evolução na forma de execução de poder, com o controle fluindo agora para os computadores e para quem os programa e os administra. Com a algorocracia, a arte de conduzir condutas ganha ferramenta tecnológica na manipulação desse “saber algorítmico”.

Nesse cenário descrito, onde a sociedade, em geral, tem dificuldades em compreender como funcionam, é preocupante perceber que os seus desenvolvedores, apesar de conseguirem compreender de forma razoável as respostas por trás desses algoritmos complexos, estão enfrentando dificuldades e limitações para mantê-los sob controle.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se argumentar, que o poder dos algoritmos é a nova algocracia. Não sabemos como operam, mas dirigem nossas vidas de formas invisíveis e insuspeitas. Esse modelo de governança estruturado por meio de algoritmos se concretiza por uma infinidade de dados produzidos em massa que são coletados, recolhidos, armazenados, reorganizados por códigos de programação, que acabam impactando, em diferentes níveis, no destino das pessoas (DANAHER, 2016).

A grande questão é que tais códigos são programados pelos próprios humanos e estão, conseqüentemente, enraizados em preconceitos sociais. Tecnologias, assim como os seus desenvolvedores, são falhas e podem cometer injustiças quando avaliam profissionais, medem a periculosidade de criminosos e decidem se uma informação é útil ou verdadeira, utilizando apenas métricas matemáticas e o sistema binário da tecnologia da informação (O'NEIL, 2016).

Pode-se concluir, assim, que a “algocracia” está condicionando cada vez mais a existência das pessoas e impactando sobre os seus destinos. O seu uso exponencial, ao mesmo tempo que coloca a disposição da população uma poderosa ferramenta de conhecimento, que produz enormes benefícios, também provoca cerceamentos, controle e manipulação, de forma sorrateira e insuspeita, indo muito além da percepção ou da vontade de ação do indivíduo. 

NOTAS

- 1 Os algoritmos são usados de forma intensa na internet, em especial, pelos motores de busca e pelas redes sociais. Esse é o caso, por exemplo, dos *feeds* do Facebook, Instagram e Twitter, que colocam anúncios e postagens com base nos comportamentos dos usuários.
- 2 ANEESH, A. Global labor: Algocratic modes of organization. *Sociological Theory*, v. 27, nº 4, p. 347-370, 2009.

REFERÊNCIAS

- ANEESH, A. *Global labor: Algocratic modes of organization*. *Sociological Theory*, v. 27, nº 4, p. 347-370, 2009.
- DANAHER, J. *The threat of algocracy: Reality, resistance and accommodation*. *Philosophy and Technology*, v. 29, nº 3, p. 245-268, 2016.
- KELLOGG, K. C.; VALENTINE, M. A.; CHRISTIN, A. *Algorithms at work: The new contested terrain of control*. *Academy of Management*, v. 14, nº 1, 2020.
- LORENZ, L.; MEIJER, A.; SCHUPPAN, T. *The algocracy as a new ideal type for government organizations: Predictive policing in Berlin as an empirical case*. *Information Polity*, v. 26, nº 1, p. 71-86, 2020.
- MATIAS-PEREIRA, J. *Administração Pública – Foco nas instituições e ações governamentais*. 5. ed., São Paulo: GEN-Atlas, 2018.
- O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction*. New York: Crown, 2016.



ARQUIVO PESSOAL

JOSÉ MATIAS-PEREIRA é Doutor em ciência política pela Universidade Complutense de Madrid (UCM-Espanha), e pós-doutor em administração pela Universidade de São Paulo (FEA/USP). É professor de administração pública e investigador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Faculdade de Administração, Economia, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas (FACE) da Universidade de Brasília, Brasil. Autor, entre outros, do livro 'Administração Pública', Atlas-GEN, 5. ed. 2018.

Invasão de dispositivo informático, furto eletrônico, estelionato eletrônico e competência – Lei nº 14.155/21

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE



“No que diz respeito ao regramento de delitos informáticos e eletrônicos, desde a invasão de dispositivos até a prática de crimes patrimoniais, a Lei nº 14.155/21 pode ser considerada uma evolução do cenário jurídico brasileiro, embora não esteja imune a erros e críticas.”

O presente trabalho tem por objetivo tecer os primeiros comentários acerca da Lei nº 14.155/21 que promoveu alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal Brasileiros. Seguindo a ordem topográfica do Código Penal e da Lei nº 14.155/21, serão abordadas as modificações levadas a efeito no crime de Invasão de

Dispositivo Informático, no crime de Furto, com a criação de nova qualificadora do chamado “Furto Eletrônico Mediante Fraude”, no crime de Estelionato, relativamente à nova forma qualificada do “Estelionato Eletrônico” ou “Fraude Eletrônica” e, finalmente, com relação à alteração promovida no Código de Processo Penal a respeito da competência para processo e julgamento de crimes de estelionato perpetrados mediante depósitos, emissão de cheques sem fundos ou com pagamento frustrado e mediante transferências de valores.

A NOVA REDAÇÃO DO CRIME DE “INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO” (ART. 154-A, CP)

A respeito do crime de “Invasão de Dispositivo Informático” já se havia comentado sobre seus contornos, quando da edição da Lei nº 12.737/12,¹ restando ajustar tais comentários antecedentes à atual redação dada pela Lei nº 14.155/21:

Conceito

A Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, trouxe para o ordenamento jurídico-penal brasileiro o crime de “Invasão de Dispositivo Informático”, *então* consistente na conduta de “invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”.

Agora vem a lume a Lei nº 14.155/21, que altera sensivelmente a descrição típica, nos seguintes termos: “invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”.

A pena prevista para o crime simples (há forma qualificada e aumentos de pena) era originalmente de detenção de 3 meses a um ano e multa, agora, com o advento da Lei nº 14.155/21 passa a pena a ser de “reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, ocorrendo um considerável incremento punitivo.

É interessante notar que a lei original (Lei nº 12.737/12) sob comento acabou ganhando o epíteto de “Lei Carolina Dieckmann”, atriz da Rede Globo de televisão que foi vítima de invasão indevida de imagens contidas em sistema informático de natureza privada e cujo episódio acabou acelerando o andamento de projetos que já tramitavam com o fito de regulamentar essas práticas invasivas perpetradas em meios informáticos para modernização do Código Penal Brasileiro. Antes disso, era necessário tentar tipificar as condutas nos crimes já existentes, nem sempre de forma perfeita. A questão, sob esse ponto de vista, foi então solucionada pela Lei nº 12.737/12, que agora se pretende aperfeiçoar por meio da Lei nº 14.155/21.

Bem jurídico

O bem jurídico tutelado é a liberdade individual, eis que o tipo penal está exatamente inserido no capítulo que regula os crimes contra a liberdade individual (arts. 146-154, CP), em sua Seção IV – Dos Crimes contra a inviolabilidade dos Segredos (arts. 153 a 154-B, CP). Pode-se afirmar também que é tutelada a privacidade das pessoas (intimidade e vida privada), bem jurídico albergado pela Constituição Federal em seu art. 5º, X.

Percebe-se, portanto, que a tutela é individual, envolvendo os interesses das pessoas (físicas e/ou jurídicas) implicadas, nada tendo a ver com a proteção à rede mundial de computadores e seu regular funcionamento.

Há muito que se discute sobre a necessidade ou não de erigir normas penais especiais relativas aos delitos informáticos. Seria isso mesmo necessário ou o recurso aos tipos penais tradicionais seria suficiente? Entende-se que o fenômeno informático está a exigir regulamentação especial devido às suas características que divergem de tudo quanto sempre foi usual. Isso se faz sentir claramente em outros ramos do direito como na área civil, processual, comercial, consumerista, trabalhista, cartorial etc. Por que seria diferente na seara penal?

Agiu, portanto, com correção o legislador ao criar o tipo penal ora em estudo, especialmente considerando o fato de que há tutela de bem jurídico constitucionalmente previsto, como já se explicitou acima. Seguir em seu aperfeiçoamento por intermédio da Lei nº 14.155/21, inobstante eventuais equívocos, é também uma atitude louvável do legislador, ao menos em sua intenção de melhorar as normativas existentes sobre o tema.

Sujeitos ativo e passivo

O crime é comum, de modo que pode ser sujeito ativo qualquer pessoa. O mesmo se pode dizer com relação ao sujeito passivo. O funcionário público também pode ser sujeito ativo dessa infração, mas a lei não prevê nenhuma causa de aumento de pena. Pode-se recorrer nesse caso às agravantes genéricas previstas no art. 61, II, “f” ou “g”, CP, a depender do caso. Também pode ser sujeito passivo a pessoa jurídica. É óbvio que as pessoas jurídicas também podem ter dados ou informações sigilosos abrigados em dispositivos informáticos ligados ou não à rede mundial de computadores, os quais podem ser devassados, adulterados, alterados ou destruídos à revelia da empresa ou do órgão responsável. Isso se torna mais que patente quando se constata previsão de qualificadora para a violação de segredos comerciais ou industriais e informações sigilosas definidas em lei (art. 154-A, § 3º, CP), o que deixa claro que podem ser vítimas pessoas jurídicas de direito privado ou público. Entende-se que melhor andaria o legislador se houvesse previsto um aumento de pena para a atuação do funcionário público no exercício das funções, bem como para os casos de violação de dados ou informações ligados a órgãos públicos em geral (administração direta ou indireta), embora em algumas situações tal lacuna possa acabar sendo indiretamente preenchida pelo aumento previsto

nos casos do art. 154-A, § 5º, CP que, ao tutelar certos agentes, acabará também abrangendo por ricochete a administração pública. Essa oportunidade de criação de aumentos específicos foi perdida pela Lei nº 14.155/21, talvez até mesmo devido à conformação do legislador com a proteção indireta já conferida pelo § 5º, do art. 154-A, CP.

Também será sujeito passivo do crime qualificado, nos termos do § 3º do dispositivo, o titular do conteúdo de “comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais ou informações sigilosas, assim definidas em lei”. Percebe-se, como já dito alhures, que as pessoas jurídicas podem ser vítimas, inclusive a administração pública direta ou indireta de qualquer dos entes federativos (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal). Podem ainda ser sujeitos passivos empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos também com relação a qualquer dos entes federativos.

O sujeito passivo da infração é, portanto, qualquer pessoa passível de sofrer dano moral ou material decorrente da ilícita obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações devido à invasão ou violação de seu sistema informático. Assim também é sujeito passivo aquele que sofre a instalação indevida de vulnerabilidades em seu sistema para o fim de obtenção de vantagens ilícitas. São exemplos as atuações em que indivíduos inserem vírus espíões para obter, adulterar ou destruir dados em sistemas informáticos. Importa ressaltar que a vítima não precisa ser a proprietária ou titular do sistema informático ou do hardware ou software invadido pelo criminoso. Na verdade, qualquer pessoa que tenha sua privacidade violada pelo invasor é sujeito passivo da infração. Por exemplo: um amigo usa o computador de outro para conversas particulares via internet, cujo conteúdo é ali armazenado por meio de senha. Alguém invade o sistema informático daquele computador e viola a privacidade, não do dono do computador, mas do seu amigo. Ora, este segundo também é vítima do crime. O mesmo se pode afirmar quanto aos usuários das chamadas “Lans Houses” que sofram o mesmo tipo de violação indevida. Essa amplitude quanto ao sujeito passivo que não necessariamente precisa ser o titular, dono ou proprietário do dispositivo, tornou-se ainda mais evidente com a alteração da redação feita pela Lei nº 14.155/21, já que agora não se refere mais a “dispositivo informático *alheio*” ou ao “*titular do dispositivo*”, mas sim a dispositivo “*de uso alheio*” e a “*usuário do dispositivo*”. Anote-se que a nosso ver mesmo sob a redação anterior, essas pessoas que sofriam violações em sua intimidade seriam vítimas. Mas, agora, com mais precisão, o legislador acaba com qualquer espécie de controvérsia.

Interessante a observação de Gilaberte e Montez:

Mesmo o proprietário do dispositivo pode praticar o crime, desde que esse dispositivo esteja cedido ao uso de outrem. Frise-se que a norma, ao mencionar a ausência de autorização, já não fala em “titular do dispositivo”, concatenando-se com a nova dinâmica delitiva.²

Em suma, tanto para definição do sujeito passivo possível do crime em estudo, quanto para a mesma definição do sujeito ativo, o que importa não é

a propriedade ou titularidade do dispositivo, mas sim o fato de que o usuário não tenha autorizado o acesso.

Tipo subjetivo

O tipo subjetivo do ilícito é informado somente pelo dolo. Não há previsão de figura culposa. O dolo é específico, pois exige a lei que a violação se dê com o especial fim de “obter, adulterar ou destruir dados ou informações” ou “instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”. Note-se que há duas especificidades independentes para o dolo do agente: primeiro o fim especial de “obter, adulterar ou destruir dados ou informações”, sem a exigência de que se pretenda com isso obter vantagem ilícita. Ou seja, nessa parte o tipo penal não requer do agente outra vontade senão aquela de vulnerar o sistema e suas informações ou dados, podendo agir inclusive por mera curiosidade ou bisbilhote. Já na instalação de vulnerabilidades, o intento tem de ser a obtenção de vantagem ilícita. Como o legislador não foi restritivo entende-se que a vantagem intencionada pode ser econômico-financeira ou de qualquer outra espécie. Por exemplo, se instalo num computador uma via de acesso a informações para obter senhas bancárias e me locupletar ou se instalo uma vulnerabilidade num computador para saber dos hábitos e preferências de uma mulher desejada para poder conquistá-la o tipo penal está perfeito.

Tipo objetivo

O crime do art. 154-A, CP constitui tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, pois que apresenta dois núcleos de conduta (verbos invadir ou instalar), podendo o agente incidir em ambos, desde que num mesmo contexto, e responder por crime único.

Não exige o tipo penal que o dispositivo informático esteja ligado à rede mundial de computadores ou mesmo rede interna empresarial ou institucional (internet ou intranet). Dessa forma estão protegidos os dados e informações constantes de dispositivos de informática e/ou telemática.

A invasão era, antes da reforma, especificamente de dispositivo informático “alheio” e “mediante violação indevida” de “mecanismo de segurança” (antigos elementos normativos do tipo). Atualmente, como já dito, basta que a invasão se dê em dispositivo “*de uso alheio*”, não há mais nem mesmo a hipótese de se entender que somente seria tutelado o proprietário e/ou titular do dispositivo. Outra alteração muito bem vinda foi a de que não se exige mais a violação de “mecanismo de segurança”, bastando a invasão do dispositivo (vide Lei nº 14.155/21).

Por outro lado, é claro que não se poderia incriminar alguém que ingressasse no próprio dispositivo informático ou hoje também em um dispositivo de seu uso legítimo; seria como incriminar alguém que subtraísse coisa própria no caso do furto. Além disso, a violação deve ser “indevida”, ou seja, desautorizada e sem justa causa. Obviamente que o técnico informático que tem acesso ao dispositivo para consertar aparelhagem não comete crime,

inclusive porque tem a autorização expressa ou no mínimo tácita do cliente. Também não comete o crime a Autoridade Policial que apreende mediante ordem judicial aparelhos informáticos e manda periciar seus conteúdos para apuração criminal.

Anote-se, porém, que essa justa causa ou autorização deve existir do início ao fim da conduta do agente e este deve se ater aos seus estritos limites razoáveis. Por exemplo, se um técnico de informática tem a autorização para violar as chaves de acesso a um sistema de alguém para fins de conserto e o faz, mas depois coleta fotos particulares ali armazenadas, corrompe dolosamente informações ou dados extrapolando os limites de seu trabalho sem autorização do titular, passa a cometer infração penal. É importante ressaltar que, como não existe figura culposa, o erro muito comum em que o técnico em informática, ao realizar um reparo, formata o computador e acaba destruindo conteúdos importantes para a pessoa sem dolo, mas por negligência ou imperícia, não constitui crime. Pode haver, contudo, infração civil passível de indenização por danos morais e/ou materiais.

Tanto na conduta de invadir o sistema como de instalar vulnerabilidades o crime é formal. Isso porque a eventual obtenção de dados ou informações, adulteração ou destruição, bem como a obtenção de vantagem ilícita constituirão mero exaurimento. O crime estará consumado com a simples invasão ou instalação.

O objeto material da conduta é o “dispositivo informático de uso alheio”. Estes são os computadores pessoais, industriais, comerciais ou institucionais. Além disso, hoje há uma infinidade de dispositivos informáticos, inclusive móveis, tais como os notebooks, tablets, netbooks, celulares com recursos de informática e telemática, Iphones, Smartphones ou quaisquer outros aparelhos que tenham capacidade de armazenar dados ou informações passíveis da violação prevista no tipo penal. É importante notar que o legislador optou por não apresentar uma lista exaustiva dos aparelhos e assim agindo foi sábio.

Gilaberte e Montez chamam a atenção para o fato relevante de que a locução “dispositivo informático” não se reduz a “hardware”, mas também abrange “softwares” que “trabalham com dados que são armazenados em servidores, que são dispositivos informáticos de uso alheio”. Exemplificam com o acesso não autorizado a arquivos em “nuvem”. Nesses casos, mesmo não havendo invasão de um dispositivo da vítima, haverá a violação de dispositivo do “servidor da empresa” prestadora do serviço, o qual, por seu turno, é de *uso* do prejudicado.³

Ao usar a locução “dispositivo informático” de forma genérica, possibilitou a criação adequada de uma norma para a qual é viável uma “interpretação progressiva”, ou seja, o tipo penal do art. 154-A, CP é capaz de se atualizar automaticamente sempre que surgir um novo dispositivo informático, o que ocorre quase que diariamente na velocidade espantosa da ciência da computação e das comunicações. Essa espécie de redação possibilitadora de interpretação progressiva é a ideal para essas infrações penais ligadas à informática atualmente, já que, caso contrário, correr-se-ia o risco de que a norma viesse a tornar-se obsoleta no dia seguinte em razão do Princípio da Legalidade Estrita.

Sob a égide da redação original da Lei nº 12.737/12 não era qualquer dispositivo informático invadido que contava com a proteção legal. Para que houvesse o crime era necessário que o dispositivo contasse com “mecanismo de segurança” (v.g. antivírus, “firewall”, senhas etc.). Assim sendo, o dispositivo informático despojado de mecanismo de segurança não podia ser objeto material das condutas incriminadas, já que o crime exigia que houvesse “violação indevida de mecanismo de segurança”. Dessa maneira, a invasão ou instalação de vulnerabilidades em sistemas desprotegidos era fato atípico. Observava-se na época que na requisição da perícia nesses casos era importante que a autoridade policial formulasse quesito a fim de que o perito indicasse a presença de “mecanismo de segurança” no dispositivo informático violado, bem como que esse mecanismo teria sido violado, indicando, inclusive, se possível, a forma dessa violação, para melhor aferição e descrição do “modus operandi” do agente. Atualmente, com o advento da Lei nº 14.155/21, eliminando a exigência de mecanismos de proteção, sob o ponto de vista da comprovação de um elemento do tipo penal, tal quesitação não seria mais necessária. No entanto, entende-se que ainda deva ser procedida no que tange à devida descrição do “modus operandi” do agente, bem como com relevância para a avaliação da culpabilidade, já que a superação de um mecanismo de proteção certamente revela uma circunstância apreciável na dosimetria da pena-base, nos termos do art. 59, CP. Fazendo uma comparação, não é idêntica a reprovabilidade de alguém que invade, embora contra a vontade ou sem a autorização do morador, o domicílio alheio quando encontra a porta escancarada, e outra pessoa que para invadir, precisa pular um muro ou quebrar um cadeado.

Vale ressaltar que a retirada da exigência de “violação de mecanismo de proteção” foi uma excelente medida tomada pelo legislador no bojo da Lei nº 14.155/21. Um dos Projetos de Lei que deu origem a esse aperfeiçoamento do dispositivo, tornando-o mais eficaz e abrangente (PL nº 4093/2015)⁴ já fazia na época menção à nossa crítica a respeito da inconveniência dessa restrição em publicação que tratava ainda da Lei nº 12.737/12:

Sinceramente não se compreende essa desproteção legislativa exatamente aos mais desprotegidos. É como se o legislador considerasse não haver violação de domicílio se alguém invadissem uma casa que estivesse com as portas abertas e ali permanecesse sem a autorização do morador e mesmo contra a sua vontade expressa! Não parece justo nem racional presumir que quem não instala proteções em seu computador está permitindo tacitamente uma invasão, assim como deixar a porta ou o portão de casa abertos ou destrancados não significa de modo algum que se pretenda permitir a entrada de qualquer pessoa em sua moradia. A forma vinculada disposta no tipo penal (“mediante violação indevida de mecanismo de segurança”) poderia muito bem não ter sido utilizada pelo legislador que somente deveria chamar a atenção para a invasão ou instalação desautorizadas e/ou sem justa causa. Isso seria feito simplesmente com a locução “mediante violação indevida” sem necessidade de menção a mecanismos de segurança.

Observe-se ainda que ao exigir a “violação indevida de mecanismo de segurança”, não bastará a existência de instalação desses mecanismos no dispositivo informático invadido, mas também será necessário que esses mecanismos estejam atuantes no momento da invasão, caso contrário não terá havido sua violação e o fato também será atípico, o que é ainda mais estranho. Explica-se: imagine-se que um computador pessoal é dotado de antivírus, mas por algum motivo esse antivírus foi momentaneamente desativado pelo próprio dono do aparelho. Se há uma invasão nesse momento, o fato é atípico! Note-se que neste caso o exemplo da porta aberta e da invasão de domicílio é realmente muito elucidativo. A casa tem portas, mas estas estão abertas, então as pessoas podem entrar sem a autorização do morador? É claro que não! Mas, parece que com os sistemas informáticos o raciocínio legislativo foi diverso e, diga-se, equivocadíssimo.

Na realidade o ideal, conforme já dito, seria que o legislador incriminasse diretamente somente a invasão ou instalação de vulnerabilidades, independentemente da violação de mecanismo de segurança. Poderia inclusive o legislador criar uma qualificadora ou uma causa especial de aumento pena para o caso de a invasão se dar com a violação de mecanismo de segurança. O desvalor da ação nesse caso seria justificadamente exacerbado como ocorre, por exemplo, no caso de furto qualificado por rompimento de obstáculo à subtração da coisa.⁵

Percebe-se que nossa crítica foi devidamente acatada pela legislação (Lei nº 14.155/21), ao retirar a exigência de violação de mecanismo protetivo do tipo penal. Perdeu-se, porém, a chance de prever como aumento de pena a conduta em que o agente efetivamente viola mecanismo de proteção existente. No Projeto de Lei nº 4.093/15, a que já se fez menção, havia a previsão desse aumento no que seria um § 4º do art. 154-A, o qual, infelizmente, nunca se converteu em lei. O aumento seria de um terço até a metade “se o acesso” se desse “mediante violação de mecanismo de segurança”. Na verdade, o projeto acatava nossas duas críticas, tanto a negativa, referente à necessidade de eliminação da exigência de mecanismos de segurança violados, como a positiva, consistente na proposta de exacerbção punitiva quando esse tipo de violação ocorresse. Mas, a Lei nº 14.155/21 somente concretizou a eliminação da exigência de violação de mecanismo de segurança, o que já é um progresso.

Retomando a questão do bem jurídico, nunca é demais lembrar que o que se protege são a privacidade e a liberdade individuais e não a rede mundial de computadores. Para que haja o crime é necessário que ocorra “invasão” indevida. Dessa forma o acesso a informações disponibilizadas livremente na internet e redes sociais (v.g. Facebook, Orkut, Instagram, Telegram, Twitter, GETTR etc.), sem qualquer barreira de privacidade não constitui qualquer ilegalidade. Nesse caso há certamente autorização, no mínimo tácita, de quem de direito, ao acesso a todas as suas informações deixadas em aberto na rede.

Consumação e tentativa

O crime é formal e, portanto, se consuma com a mera invasão ou instalação de vulnerabilidade, não importando se são obtidos os fins específicos de coleta,

adulteração ou destruição de dados ou informações ou mesmo obtenção de vantagem ilícita. Tais resultados constituem mero exaurimento da infração em estudo. Não obstante formal, o ilícito é plurissubsistente, de forma que admite tentativa. É plenamente possível que uma pessoa tente invadir um sistema ou instalar vulnerabilidades e não o consiga por motivos alheios à sua vontade, seja porque é fisicamente impedida, seja porque não consegue, embora tente violar os mecanismos de proteção eventualmente presentes.

Conduta equiparada (art. 154-A, § 1º, CP)

À semelhança do que ocorre com os crimes, por exemplo, previstos nos arts. 34 da Lei nº 11.343/06, 291 e 294, CP, o legislador prevê também como crime a conduta de quem atua de forma a fornecer ou disponibilizar de qualquer forma instrumentos para a prática do crime previsto no art. 154-A, CP. Essa previsão legal está no § 1º, do citado artigo, onde se incrimina com a mesma pena do “caput” a conduta de quem “produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput”. Efetivamente tão relevante como invadir ou instalar vulnerabilidades em dispositivo informático é disponibilizar o instrumental necessário para tanto. A equiparação legal das condutas é correta.

Também o § 1º descreve crime de ação múltipla e de dolo específico, pois que exige o intuito de ensejar a prática das condutas previstas no “caput”.

A Lei nº 14.155/21 não promoveu qualquer alteração nesse § 1º.

Aumento de pena por prejuízo econômico (art. 154-A, § 2º, CP)

A ocorrência de prejuízo econômico ensejava um aumento de pena de um sexto a um terço, agora o aumento é maior, variando de um terço a dois terços, conforme estabeleceu a Lei nº 14.155/21. Em se tratando de “novatio legis in pejus”, o atual patamar de aumento somente pode ser aplicado para crimes ocorridos após a vigência da norma modificadora, não contando, portanto, com retroatividade. Para casos ocorridos antes da vigência da Lei nº 14.155/21, o acréscimo continuará sendo de um sexto a um terço.

O incremento da lesão patrimonial produz agravamento do desvalor do resultado da conduta, justificando a exacerbação punitiva. O § 2º é bem claro, de forma que não há se cogitar de aplicação de aumento considerando eventual dano moral. Somente o prejuízo de caráter econômico-financeiro alicerça o aumento. Pretender equipar tal situação ao dano moral constituiria analogia “in malam partem” vedada na seara penal. Ademais, é de considerar que o dano moral é praticamente inerente a esse tipo de conduta invasiva da privacidade e intimidade e mesmo que pretendesse o legislador prever aumento por esse motivo não poderia, pois que estaria configurado indevido “bis in idem”. Também é de se atentar que o aumento de pena do § 2º, até mesmo pela topografia do dispositivo, somente tem aplicabilidade para a figura simples e a figura equiparada (art. 154-A, “caput” e seu § 1º, CP), não alcançando a forma qualificada do § 3º

Formas qualificadas (art. 154-A, § 3º, CP)

O § 3º do dispositivo sob comento previa uma pena diferenciada de reclusão, de seis meses a dois anos e multa e agora, com a Lei nº 14.155/15, prevê uma pena de “reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa” para os seguintes casos:

- a) Quando a invasão possibilitar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas;
- b) Quando possibilitar a obtenção do conteúdo de segredos comerciais ou industriais;
- c) Quando possibilitar a obtenção do conteúdo de informações sigilosas, assim definidas em lei;
- d) Quando possibilitar o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido.

A primeira observação de valia diz respeito à percepção de que o legislador transforma em qualificadoras fatos que seriam exaurimento do crime formal do art. 154-A, “caput”, CP. Para a configuração do crime simples de “Invasão de Dispositivo Informático” bastaria a invasão ou instalação de vulnerabilidade, sendo que a obtenção de outros dados ou informações ou mesmo destruição, adulteração ou vantagens ilícitas constituem exaurimento. Então, em geral, quando o agente conseguir obter dados ou informações efetivamente com a invasão ou vulneração haverá figura qualificada.

O primeiro caso diz respeito a “comunicações eletrônicas privadas” como, por exemplo, troca de e-mails, mensagens SMS, conversas reservadas em redes sociais ou salas de bate-papo da internet, trocas de fotos, imagens ou vídeos privados.

Na segunda figura está previsto o caso de violação de segredos comerciais ou industriais, o que justifica a exacerbação punitiva, dados os interesses econômicos e negociais que podem ser prejudicados. É irrelevante que os segredos sobreditos possam ser abertos devido a previsões contratuais de validade temporal do sigilo ou mesmo outras condições específicas. Se essas condições temporais ou de outra natureza não estiverem satisfeitas, o invasor responde pelo crime qualificado. Digamos, por exemplo, que uma empresa pactue que um segredo industrial será preservado por 20 anos e após esse período será aberto ao público e tornado inclusive de domínio público. A violação antes do prazo estipulado é crime qualificado. O mesmo se pode dizer se esse segredo fosse mantido, mediante a condição do adimplemento do pagamento de determinado valor em prestações. Se o adquirente do segredo, faltando ainda a última prestação a pagar, violar o sigilo sem autorização cometerá crime qualificado.

Já na terceira figura está previsto o acesso a informações sigilosas, “assim definidas em lei” (quando o texto se refere a lei não pode haver equiparação a outras espécies normativas como decretos, portarias, resoluções etc., trata-se de lei em sentido estrito). Aqui se trata de informações protegidas por sigilo legal e naturalmente ligadas a órgãos governamentais, inclusive por questões de segurança nacional. Essa figura é uma “norma penal em branco imprópria ou homogênea”, pois que exige para seu complemento e aplicabilidade o recurso a outra lei que defina quais são as informações consideradas sigilosas.

Ademais se trata de “norma penal em branco imprópria heterovitelina”, pois que o complemento necessário deverá ser buscado em outra lei e não no próprio Código Penal.⁶ Hoje regulamenta a questão do acesso a informações sigilosas em todos os âmbitos federativos a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Finalmente há previsão do caso em que a invasão enseje o “controle remoto não autorizado do dispositivo” violado. Trata-se denominada operação de “acesso remoto” que pode ser implantada legalmente e deliberadamente em empresas, por exemplo, por via de um programa chamado “Team Viewer”, o qual possibilita que uma equipe de trabalho tenha acesso, inclusive visual e operacional em tempo real a tudo aquilo que outros colegas estão fazendo em máquinas diversas. Entretanto, tal acesso remoto pode ser realizado de forma clandestina por meio de invasão por um vírus Trojan e então possibilitar ao invasor a manipulação de dados, informações, bem como até mesmo de ações no sistema informático alheio sem ciência ou autorização de quem de direito. Imagine-se que alguém consiga invadir um sistema de uma financeira por acesso remoto e dali excluir débitos de pessoas ou seus próprios débitos.

Em todos os casos qualificados pelo legislador há certamente um notável incremento do desvalor do resultado. Não importa se os segredos violados com a invasão estão armazenados no dispositivo informático por conteúdos de imagens, gravações de voz, documento escrito, desenhos, símbolos etc. O que importa é que o sigilo seja violado. Também não interessa se da violação ocorre efetivo dano material ou moral. Aliás, com relação ao eventual dano material (econômico), como já dito anteriormente, não é aplicável a causa de aumento do § 2º, que se destina somente ao “caput” e § 1º. Portanto, eventual dano decorrente das violações sobreditas caracterizará mero exaurimento no “iter criminis”.

Ressalte-se que as figuras qualificadas do § 3º, do art. 154-A, CP configuram crime subsidiário. Na redação original dada pela Lei nº 12.737/12 eram de subsidiariedade expressa, pois que em seu preceito secundário previam que somente seriam aplicadas “se a conduta não” constituísse “crime mais grave”. Com o advento da Lei nº 14.155/15, foi eliminada essa indicação de subsidiariedade expressa, mas isso não faz com que não permaneça a característica subsidiária, apenas agora de forma tácita.⁷ Seriam exemplos de crimes mais graves que afastam, agora por subsidiariedade tácita, o tipo penal qualificado em estudo, a violação de sigilo bancário ou de instituição financeira nos termos do art. 18 da Lei nº 7.492/86, bem como determinadas condutas previstas na Lei de Segurança Nacional (v.g. arts. 13 e 21 da Lei nº 7.170/83), dentre outros casos.

Observe-se que a pena disposta pela Lei nº 14.155/21 não pode retroagir a casos ocorridos antes da sua vigência, pois que se trata de “novatio legis in pejus”.

Outros aumentos de pena (art. 154-A, §§ 4º e 5º, I a IV, CP)

A partir do § 4º, por disposição expressa ali contida, passam a ser previstas causas de aumento de pena aplicáveis estritamente aos casos do § 3º, ou seja, somente para os crimes qualificados, não alcançando as figuras simples ou

equiparada. Efetivamente o § 4º diz expressamente: “na hipótese do § 3º”. Nada impede, porém, que ocorrendo a concomitância das causas de aumentos dos §§ 4º e 5º, estes sejam cumulados, incidindo sobre a pena prevista no § 3º, muito embora o mais natural seja a aplicação da exasperação maior tão somente, nos termos do art. 68, Parágrafo Único, CP.

O primeiro aumento, previsto no § 4º, é da ordem de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. Novamente o desvalor do resultado indica a exacerbação punitiva. Ora, diferente é o invasor obter os dados ou informações e guardá-los para si. Quando ele transmite esses dados a terceiros amplia o dano à privacidade ou ao sigilo, o que justifica a reprimenda mais gravosa. É por esse desvalor do resultado ampliado que o legislador erige em causa especial de aumento o que normalmente seria um “post factum” não punível ou mero exaurimento delitivo.

Já o § 5º, prevê um aumento que varia de um terço até a metade quando o crime qualificado tiver por sujeitos passivos as pessoas elencadas nos incisos I a IV do dispositivo. São elas: Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Presidente do Supremo Tribunal Federal, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Presidente de Assembleia Legislativa de Estado, Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Presidente de Câmara Municipal ou dirigente máximo da administração direta ou indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. Essas pessoas gozam de especial proteção legal não devido a um injustificado privilégio pessoal, mas sim por causa do cargo ocupado e da relevância de suas atribuições e importância diferenciada dos informes sigilosos que detém e podem envolver, como envolvem frequentemente, interesses que suplantam em muito a seara pessoal para atingir o interesse público e o bem comum.

Classificação doutrinária

O crime é comum, já que não exige especial qualidade do sujeito ativo. É também formal porque não exige no tipo básico (simples) resultado naturalístico para sua consumação, mas a mera invasão ou instalação de vulnerabilidade. Também é formal na figura equiparada porque não exige que o material para a prática delitiva chegue efetivamente às mãos do destinatário, ou seja, realmente utilizado. Já nas figuras qualificadas é material porque exige para consumação a obtenção efetiva de conteúdos ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido. Em qualquer caso o crime é plurissubsistente, admitindo tentativa. Trata-se ainda de crime instantâneo, comissivo, doloso (não há figuras culposas ou omissivas) e unissubjetivo ou monossubjetivo porque pode ser perpetrado por uma única pessoa, não exigindo concurso. Também pode ser comissivo por omissão quando um garante deixar de cumprir com seu dever de agir nos termos do art. 13, § 2º, CP. Finalmente trata-se de crime simples por tutelar apenas um bem jurídico, qual seja a privacidade e o sigilo de dados e informações contidos em dispositivos informáticos de qualquer natureza.

Algumas distinções

É preciso estar atento para o fato de que o crime previsto no art. 154-A, CP pode ser meio para a prática de infrações mais graves, tais como estelionatos, furtos mediante fraude, dentre outros. Nesses casos, seja pela subsidiariedade, no caso do art. 154-A, § 3º, CP, seja pela consunção nos demais casos, deverá haver prevalência do crime-fim e afastamento do concurso formal ou material com o crime de “Invasão de Dispositivo Informático”.

A Lei nº 9.296/96 trata das interceptações telefônicas e também das interceptações de comunicações em sistemas informáticos e telemáticos (art. 1º, Parágrafo Único), prevendo em seu art. 10 crime para a realização dessas diligências fora dos casos legalmente previstos e sem ordem judicial. Como já dito, no confronto com o art. 154-A, § 3º, CP, a subsidiariedade ali expressa apontará para a prevalência do art. 10 da Lei de Interceptação telefônica. Além disso, há que distinguir a interceptação da invasão de dispositivo informático ou de instalação de vulnerabilidades para obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações. Na interceptação telemática ou informática a comunicação é captada no exato momento em que ocorre e no crime previsto no art. 154-A, CP a obtenção das informações ou dados ocorre posteriormente, mediante invasão de dispositivo informático que as armazena ou guarda. Uma coisa é instalar um dispositivo que permita ao infrator, sem ordem judicial, captar imediatamente no mesmo momento em que a mensagem SMS é digitada, o seu conteúdo (interceptação ilegal – art. 10 da Lei nº 9.296/96), outra muito diversa é instalar um vírus espião para obter o teor dessas mensagens SMS armazenado num computador ou mesmo num celular ou smartphone (art. 154-A, CP). Ademais, a Lei de Interceptação Telefônica não prevê as condutas de adulteração, destruição de dados ou informações e nem mesmo de instalação de vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Finalmente não se deve confundir o crime do art. 154-A, CP com os crimes de “Inserção de dados falsos em sistemas de informação” (art. 313-A, CP) e de “Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações” (art. 313-B, CP). Ambos são crimes próprios de funcionário público contra a Administração em geral que prevalecem por especialidade em relação ao crime do art. 154-A, CP.

Pena e ação penal

A pena prevista para o crime simples (art. 154-A, “caput”, CP) e para a figura equiparada (art. 154-A, § 1º, CP) era originalmente de detenção de 3 meses a 1 ano e multa. Dessa forma tratava-se de infração de menor potencial ofensivo, afeta ao procedimento da Lei nº 9.099/95. Mesmo na forma majorada do § 2º, a pena máxima não ultrapassaria 1 ano e 4 meses (aumento máximo de um terço), de modo que seguiria como infração de menor potencial. No entanto, com a Lei nº 14.155/21 a pena passa a ser para as formas simples e equiparada, de “reclusão de 1 a 4 anos e multa”. Não se trata mais de infração de menor potencial, sendo possível apenas a aplicação da Suspensão Condicional do Processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, já que a pena mínima não supera

um ano. Com o aumento do § 2º, obviamente não se trata de infração de menor potencial e ainda acaba vedada também a Suspensão Condicional do Processo, já que a pena mínima será maior que um ano com o acréscimo previsto.

Também a forma qualificada do art. 154-A, § 3º, CP era abrangida pela Lei nº 9.099/95, eis que a pena máxima não ultrapassava dois anos (reclusão de 6 meses a dois anos e multa). Apenas nas hipóteses de aplicação dos aumentos de pena previstos nos §§ 4º ou 5º, é que a pena máxima iria ultrapassar o patamar de dois anos, de modo que não seria mais abrangida pela Lei nº 9.099/95. O único instituto dessa lei então aplicável seria a suspensão condicional do processo nos termos do art. 89 daquele diploma, já que a pena mínima não ultrapassa um ano, nem mesmo com os acréscimos máximos. Somente cogitando da concomitância dos aumentos dos §§ 4º e 5º, é que o patamar, considerando os acréscimos máximos, suplantaria um ano na pena mínima de modo que nem mesmo a suspensão condicional do processo seria admissível. Mas, tudo isso mudou com a Lei nº 14.155/21. Agora a pena do § 3º é de “reclusão, de 2 a 5 anos, e multa”, não se tratando mais de infração de menor potencial e não sendo aplicável jamais a suspensão condicional do processo, ainda que não haja incidência de aumentos de pena previstos nos §§ 4º e 5º

Por obviedade, esses afastamentos dos institutos da Lei nº 9.099/95 e penas maiores somente podem ser aplicados a partir da vigência da Lei nº 14.155/21, não tendo força retroativa, eis que são “novatio legis in pejus”.

O art. 154-B, CP regula a ação penal. A regra ali estabelecida é a da ação penal pública condicionada. Excepcionalmente a ação será pública incondicionada quando o delito for praticado contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e empresas concessionárias de serviços públicos. Esse dispositivo confirma a possibilidade da pessoa jurídica como sujeito passivo do ilícito. Entende-se ainda que quando as pessoas físicas elencadas no § 5º, do art. 154-A, CP forem vítimas o crime também será de ação penal pública incondicionada, tendo em vista que direta ou indiretamente a administração pública será atingida pela conduta do agente.

A Lei nº 14.155/21 não alterou as regras de ação penal para o crime de “Invasão de Dispositivo Informático”.

A QUALIFICADORA DO FURTO MEDIANTE FRAUDE ELETRÔNICO OU INFORMÁTICO

A fraude de qualquer espécie é qualificadora tradicional do furto nos termos do art. 155, § 4º, II, CP. O que ocorre com o advento da Lei nº 14.155/21 é que o legislador cria uma nova qualificadora (art. 155, § 4º-B, CP), também baseada no elemento da fraude, mas com um detalhe especializador que se refere a ser tal fraude perpetrada por meio eletrônico e/ou informático.

A partir da Lei nº 14.155/21, a prática do furto mediante fraude em geral será tipificada com pena menor (“reclusão, de dois a oito anos, e multa”), no art. 155, § 4º, II, CP. Apenas quando a fraude for praticada por meio eletrônico

ou informático, haverá pena maior (“reclusão, de quatro a oito anos, e multa”), de acordo com o art. 155, § 4º-B, CP.

Então o chamado “Furto Eletrônico ou Informático” será caracterizado pela fraude praticada com emprego de “dispositivo eletrônico ou informático”, não exigindo a tipificação que tal dispositivo seja necessariamente conectado à internet, nem que haja necessariamente violação de mecanismo de segurança ou utilização de programas maliciosos. O § 4º-B em estudo termina sua descrição com a fórmula genérica de “qualquer outro meio fraudulento análogo”. Isso pode levar alguns à confusão com o “Furto Mediante Fraude” do § 4º, II. Essa confusão não se justifica. Esses meios fraudulentos genéricos devem ser “análogos”, ou seja, envolver uso da tecnologia eletrônica e/ou informática. Outras fraudes serão tipificadas no antigo art. 155, § 4º, II, CP.

Observe-se, porém, que a presença da fraude é essencial à configuração dessa qualificadora, não bastando o emprego de meios eletrônicos ou informáticos. É exemplo de Gilaberte e Montez⁸ o caso do indivíduo que emprega um dispositivo eletrônico para acionamento de explosivo e subtração de dinheiro em um banco. Houve uso de meio eletrônico, mas não fraude. O crime seria qualificado também, mas no art. 155, § 4º-A, CP (emprego de explosivo) e não no art. 155, § 4º-B, CP.

Importa ainda tem em mente que o emprego de dispositivo informático há que ser “meio” ou “instrumento” para a prática do crime, não apenas integrante da conduta ou forma de o agente obter a subtração. Por exemplo, se um indivíduo consegue convencer alguém a convidá-lo para uma festa, por meio de conversa telefônica ou por troca de mensagens de WhatsApp, a fim de furtar objetos na casa dessa pessoa, comete o furto mediante fraude previsto no art. 155, § 4º, II, CP e não o furto eletrônico em estudo. O dispositivo informático não foi instrumento do crime, mas apenas a forma pela qual o infrator se comunicou com a vítima.⁹

Outra observação feita pelos mesmos autores é a de que os dispositivos eletrônicos são o gênero de que os dispositivos informáticos são a espécie. Ou seja, um dispositivo eletrônico não necessariamente será também informático, de forma que a amplitude dos instrumentos utilizáveis na qualificadora em estudo é bem mais abrangente do que os dispositivos que seriam invadidos no crime previsto no art. 154-A, CP, que se refere somente aos “dispositivos informáticos”. No caso da qualificadora podem ser utilizados, por exemplo, cartões eletrônicos, cartões com chip etc.¹⁰

A Lei nº 14.155/21 ainda cria causas de aumento de pena específicas para os casos do “Furto Eletrônico ou Informático Mediante Fraude”. Isso se dá no § 4º-C, sendo, portanto, tais aumentos restritos aos casos do § 4º-B não alcançando as demais figuras do furto.

No § 4º-C, inciso I, é previsto um aumento variante entre um terço e dois terços, se o crime é cometido com utilização de servidor mantido fora do território nacional. Para além da afetação indireta da Soberania Nacional, é relevante o fato de que essa espécie de artifício dificulta sobremaneira as investigações dessa espécie de ilícito e, conseqüentemente, a punição dos culpados e o eventual ressarcimento das vítimas.

Atente-se para o fato de que o que precisa estar fora do país não é o agente, mas sim o servidor.¹¹

Já no inciso II do § 4º-C, surge um aumento de um terço até o dobro no caso de crime praticado contra idoso ou vulnerável. Nessas circunstâncias o que justifica o aumento são as condições especiais de hipossuficiência das vítimas, a exigirem maior tutela penal. O idoso é aquela pessoa com 60 anos completos ou mais, nos estritos termos do art. 1º, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Por seu turno, os “vulneráveis” são aquelas pessoas designadas no art. 217-A e § 1º, CP. A essa conclusão se chega por interpretação sistemática do Código Penal que convola a palavra “vulnerável” em um termo técnico jurídico, cujo emprego pelo legislador desde então passa a gerar a presunção de um sentido técnico. Como leciona Maximiliano: “quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica”.¹²

São vulneráveis, segundo o Código Penal: os menores de 14 anos, os enfermos ou deficientes mentais sem discernimento e as pessoas que, por qualquer outra causa, sejam incapazes de ofertar resistência. Observe-se que a incapacidade de resistência nos casos de furto mediante fraude diz respeito à resistência de natureza intelectual e não física, já que o furto é um crime não informado por violência ou grave ameaça. Seriam exemplos, indivíduos narcotizados ou bêbados, mas não ao ponto de não poderem reagir fisicamente, pois nesse caso ocorreria o crime de roubo (art. 157, CP, violência imprópria).

Ambas as causas de aumento apresentam um intervalo de variação. A aplicação de maior ou menor incremento penal deverá ser procedido, na dicção legal, “considerada a relevância do resultado gravoso”. Isso quer dizer que a maior amplitude do dano patrimonial (maior desvalor do resultado) levará à aplicação de um patamar maior de aumento (v.g. 2/3 ou o dobro). Ao reverso, se a amplitude de dano patrimonial for menor (menor desvalor do resultado), então o julgador deverá aplicar um aumento menor (v.g. 1/3).

Não se deve confundir a referência do legislador à “relevância do resultado gravoso” com questões como Princípio da Insignificância ou mesmo com os casos de “Furto Privilegiado”. Como já exposto, a expressão se refere ao sopesar do incremento penal de acordo com o maior ou menor prejuízo patrimonial causado pela conduta. Questão totalmente diversa é se o crime é bagatelar, quando ocorrerá atipicidade. Também diversa é a questão da presença do privilégio, nos termos do art. 155, § 2º, CP, quando então o autor terá direito público subjetivo a benefícios penais. Nem a insignificância, nem o privilégio serão de plano afastados pela presença do emprego de dispositivos informáticos ou eletrônicos e nem mesmo pelas causas de aumento. Ademais, já foi reconhecido majoritariamente pela doutrina e jurisprudência a possibilidade de crime de furto qualificado – privilegiado, inclusive conforme a Súmula 511, STJ, de modo que os aumentos de pena e a qualificadora, conforme já dito, não obstam o reconhecimento do privilégio.¹³

Pela mesma senda seguem Costa, Fontes e Hoffmann:

Antes de indicar os percentuais de aumento, a lei usou a expressão “considerada a relevância do resultado gravoso”. A melhor interpretação parece ser

a que utiliza a gravidade do resultado como parâmetro de navegação entre o patamar mínimo e máximo de aumento, e não como condição de incidência da majorante. Isso significa que o tão só fato de se tratar de vítima idosa ou vulnerável implica na aplicação do aumento, que será mínimo ou máximo conforme o prejuízo efetivamente causado”.¹⁴

E ainda no mesmo diapasão se manifesta Cavalcante:

O juiz, no momento da dosimetria, deverá definir qual é a fração de aumento que será imposta (1/3, 1/2, 2/3 etc.). Essa escolha deverá ser fundamentada e levará em consideração a “relevância do resultado gravoso”. Assim, por exemplo, se o idoso teve um prejuízo patrimonial muito elevado, o magistrado poderá utilizar essa circunstância para impor um aumento no patamar de 2/3”.¹⁵

Deve ser anotada a observação pertinente de Cunha a respeito da equivocada manifestação do relator do projeto em seu parecer, pretendendo conectar a aplicabilidade dos aumentos ao fato de que haja um resultado de monta:

O § 4º-C se refere ao aumento da pena “considerada a relevância do resultado gravoso”, fórmula inédita no Código Penal. Considerando que ambos os incisos têm frações variáveis, infere-se que o legislador deixou expresso o que seria mesmo intuitivo: quanto mais severo o prejuízo, maior deve ser o aumento. Mas, no parecer em que se analisava o projeto de lei, o relator da matéria fez a seguinte observação:

“Todavia, concordamos que a elevação da pena do crime de furto mediante fraude eletrônica cometida contra idosos ou fora do território nacional não deva se dar indiscriminadamente: deve haver algo mais que torne a conduta mais grave. Assim, a elevação de pena se justificará diante da relevância do resultado gravoso, como exemplo, quando gera graves prejuízos para a sobrevivência da vítima. Ademais, a elevação não deve se dar de forma estanque, mas em um patamar flexível”.

Essa não nos parece a melhor forma de aplicar a causa de aumento de pena. Ora, se a majorante se refere ao crime cometido fora do território nacional e ao crime cometido contra idoso ou vulnerável, são as características intrínsecas do idoso, do vulnerável e da transnacionalidade do meio de execução que justificam primariamente o aumento. Se essas são as circunstâncias do crime, impõe-se o aumento, cuja variação, sim, deve se basear na maior gravidade do caso concreto. Utilizar a gravidade como fundamento da majorante, e não como algo derivado das circunstâncias mencionadas nos incisos I e II, subverte a lógica da aplicação da pena. Se o fundamento para a majoração fosse a extensão do prejuízo, o texto legal deveria consistir em algo como “Aumenta-se a pena de 1/3 a 2/3 conforme a relevância do resultado”.¹⁶

Conforme já exposto acima, é preciso cautela para não fazer confusão entre um critério evidente de dosimetria dos patamares de aumento de pena com questões como insignificância ou privilégio.

Obviamente, as causas de aumento somente poderão ser aplicadas se o agente tiver ciência delas, sob pena de incursão pela chamada responsabilidade objetiva (inteligência do art. 19, CP). Por exemplo, se por meio da internet um indivíduo consegue fraudar alguém e subtrair-lhe valores, mas sem ter consciência de que se trata de um idoso, já que o contato não é pessoal, não pode responder por tal incremento penal. Caberá, como se vê, à acusação o “onus probandi” de demonstrar o conhecimento do agente a respeito das causas de aumento.¹⁷

Em havendo concomitância das causas de aumento de pena enfocadas não haveria óbice legal à sua cumulação, mas o mais natural seria a prevalência da causa de maior aumento, afastando-se a de menor incremento, nos estritos termos do art. 68, Parágrafo Único, CP. Dessa forma, prevaleceria, na concomitância, o aumento previsto no art. 155, § 4º-C, II, CP.

Nunca é demais atentar para a distinção entre o furto mediante fraude e o estelionato. No primeiro o agente ludibria a vítima para, com sua distração, poder subtrair-lhe os bens. No segundo o agente aplica o engodo na vítima, fazendo com que ela mesma o acabe entregando ou transferindo os bens.¹⁸ Essa distinção tradicional vale, obviamente, tanto para o furto mediante fraude e o estelionato comuns, quanto para aqueles eletrônicos e/ou informáticos.

A QUALIFICADORA DA “FRAUDE ELETRÔNICA” OU DO “ESTELIONATO ELETRÔNICO OU INFORMÁTICO”

A Lei nº 14.155/21 também atentou para a questão do estelionato cometido por meios eletrônicos e/ou informáticos que, tal qual o furto, vem sendo motivo de preocupação a partir de quando as diversas atividades humanas, desde o lazer até as operações financeiras, foram permeadas pela informática e a eletrônica.

Criou-se então uma nova figura qualificada de Estelionato com o “nomen juris” de “Fraude Eletrônica”, conforme dispõe o art. 171, § 2º-A, CP.

A pena prevista para essa figura é de “reclusão, de 4 a 8 anos, e multa”, sempre que a fraude for cometida utilizando-se o autor de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzidos a erro por intermédio de redes sociais, contatos telefônicos ou correio eletrônico fraudulento. O § 2º-A ainda encerra o dispositivo com o emprego de uma fórmula genérica a permitir a interpretação analógica e progressiva, fazendo menção a “qualquer outro meio fraudulento análogo”.

Com perspicácia, Gilaberte e Montez apontam um erro material de natureza gramatical (concordância), na redação do tipo penal em estudo:

A concordância nominal usada no dispositivo também não é a mais adequada. O texto legal aborda o fornecimento de informações “pela vítima ou terceiro induzido a erro”, passando a impressão de que não é necessário que a vítima aja em falsa representação da realidade determinada pelo autor. Quando o sujeito é composto e constituído por gêneros diferentes, o ideal é que o predicativo concorde no masculino plural, a fim de que não parem dúvidas.

Assim, a construção da frase deveria se referir à vítima e a terceiro “induzidos a erro”, que é efetivamente o que o legislador quis dizer.¹⁹

Assim sendo, inobstante o erro material legislativo, exige o tipo penal que tanto a vítima quanto o terceiro sejam induzidos a erro pelo autor da infração. Enfim, como é de trivial conhecimento, a fraude é elemento constitutivo inarredável do estelionato seja ele em qualquer de suas formas.

Como antes da Lei nº 14.155/21 não havia qualificadora para o estelionato com uso de meios informáticos e/ou eletrônicos, é claro que essa qualificadora somente pode ser aplicada para os casos ocorridos após sua vigência, não tendo força retroativa por configurar nova lei mais gravosa.

No § 2º-B é previsto, tal qual ocorre no furto eletrônico ou informático, um aumento da ordem de um terço a dois terços se o crime do § 2º-A, é cometido com uso de servidor mantido fora do território nacional. Note-se que esse aumento é exclusivo para o caso de “Fraude Eletrônica”, não sendo aplicável a outros casos de estelionato. Valem aqui os mesmos comentários já expendidos acerca do aumento idêntico previsto para os casos de furto eletrônico e/ou informático.

No seguimento é alterado o § 4º, agora com “nomen juris” de “Estelionato contra idoso ou vulnerável”. Antes esse mesmo parágrafo já previa aumento de pena, mas somente para os casos envolvendo vítimas idosas. Além disso, o aumento era fixo no dobro e atualmente tem variação entre um terço e o dobro. O incremento agora abrange também os vulneráveis. É prevista ali uma causa especial de aumento de pena da ordem de um terço ao dobro, quando o crime tiver como sujeito passivo idoso ou vulnerável. Esse aumento é análogo àquele previsto no caso do furto eletrônico. No entanto, não se pode dizer, como no caso anterior, que haja plena identidade. Isso porque no caso do furto o aumento é restrito aos furtos eletrônicos, conforme já visto, enquanto no estelionato a causa de aumento em estudo é aplicável a todas as modalidades, incluindo a “Fraude Eletrônica”. Por isso no furto a questão é tratada num só parágrafo com dois incisos (vide art. 155, § 4º-C, I e II, CP), enquanto no estelionato o aumento referente ao servidor estrangeiro é previsto separadamente no art. 171, § 2º-B, CP, restrito aos casos do § 2º-A, e o aumento relativo às vítimas idosas ou vulneráveis é previsto em apartado no art. 171, § 4º, CP, sem a restrição aos casos de “Fraude Eletrônica”.

O que não se compreende é porque no caso do furto essa mesma técnica não foi utilizada, violando a proporcionalidade e razoabilidade. Note-se que o aumento para os casos de vítimas idosas ou vulneráveis se justifica por serem hipossuficientes diante de uma ação fraudulenta, portanto, no caso do furto, o aumento deveria ter sido previsto de tal forma a abranger não somente o furto mediante fraude eletrônico, mas o furto mediante fraude em geral (art. 155, § 4º, II – fraude). Não seria realmente o caso de estender o aumento a todo e qualquer furto, mas seria sim o de aplicá-lo sem distinção a todos os furtos mediante fraude, eletrônicos ou não. Entretanto, não foi isso que o legislador fez e, portanto, temos tratamentos diversos entre o furto e o estelionato. Aliás, esse equívoco já vem da alteração que incluiu originalmente o aumento de

pena do “Estelionato contra Idoso” e não tomou a mesma atitude com relação ao furto mediante fraude contra idoso, isso ainda na época da edição da Lei nº 13.228/15. O que temos hoje, portanto, é apenas a continuidade de um antigo equívoco e a consequente perda de oportunidade de seu conserto.

Com relação ao direito intertemporal deve-se observar que esse aumento de pena do § 4º, na sua atual conformação, pode ser lei mais gravosa ou mais benéfica, conforme as circunstâncias. Explica-se: quanto aos idosos, como já havia previsão de aumento e esse aumento era fixo no dobro, não havendo variância, e agora existe a variação de um terço ao dobro, pode-se dizer que se trata de “novatio legis in melius”, com força retroativa, já que o aumento pode ser menor e se for o máximo não há prejuízo, constituindo mera continuidade normativo típica. Já com relação aos vulneráveis não havia previsão de aumento algum, de modo que indubitavelmente se trata de “novatio legis in pejus” e sem força retroativa, somente podendo ser aplicada a casos posteriores à sua vigência.

Quanto aos demais aspectos dessa causa de aumento de pena, tirante sua maior amplitude, valem aqui as mesmas observações formuladas com relação à similar previsão do furto eletrônico.

Reitere-se a importância de ter em conta a diferença entre o furto mediante fraude (eletrônico ou comum) e o estelionato (também eletrônico ou comum), sabendo-se com isso aplicar um ou outro tratamento legal de acordo com a correta tipificação.

Um exemplo para aclarar:

Suponha-se que um indivíduo envie um email para uma pessoa, dizendo ser funcionário do banco onde esta tem conta corrente e pedindo seus dados cadastrais para confirmação, bem como suas senhas de acesso. Depois, com o uso de um cartão clonado ou mediante ingresso em aplicativo, faz o próprio criminoso a transferência de valores para uma conta à qual tem acesso. Esse é um caso de furto mediante fraude eletrônico. O criminoso fez a transferência, portanto, subtraiu o numerário. Não foi a vítima que lhe transferiu. Num outro quadro, novamente por meio de um email malicioso ou mensagem de WhatsApp, o infrator consegue convencer a vítima a fazer-lhe uma transferência de valores para uma conta a que tem acesso. Nesse caso foi a vítima mesma quem entregou o valor ao criminoso submetida a engano, de modo que se configura a “Fraude Eletrônica” e não o furto. Não houve subtração, mas tradição (entrega) do bem.

COMPETÊNCIA PARA PROCESSO E JULGAMENTO DE CRIMES DE ESTELIONATO POR CHEQUE SEM FUNDO, FRUSTRAÇÃO DE PAGAMENTO DE CHEQUE, DEPÓSITOS E TRANSFERÊNCIAS

A Lei nº 14.155/21 também promove uma alteração no Código de Processo Penal Brasileiro, tratando especificamente da competência para os crimes de estelionato por meio de depósitos, transferências, cheques sem fundo ou frustração de pagamento de cheques. Note-se que essa alteração não é específica para fraudes eletrônicas, mas abrange outros casos tradicionais de estelionato

como, por exemplo, os cheques sem fundos e demais situações sem necessidade do requisito da fraude eletrônica.

É criado um § 4º no art. 70, CPP que determina que nos casos acima aventados a competência será a do local do domicílio da vítima. Também esclarece o dispositivo que, em havendo pluralidade de vítimas com domicílios diversos, a competência será firmada pela prevenção.

A nova regra nos parece salutar, tendo em vista que havia bastante discussão acerca da competência para esses casos, principalmente envolvendo depósitos e transferências de valores. Além disso, toda a discussão foi exacerbada com o surgimento de bancos virtuais, o que dificultava ainda mais o estabelecimento de uma competência “ratione loci”.

Quanto aos cheques sem fundos ou com pagamento frustrado, já havia certa pacificação considerando-se o local da recusa do pagamento, inclusive com Súmulas do STJ e do STF a respeito, embora não houvesse norma legal explícita. De acordo com as Súmulas 244, STJ e 521, STF o local que estabelecia a competência para tais casos era o de recusa do pagamento, ou seja, a praça do cheque, onde ficava a agência bancária do emitente. Essas Súmulas agora perdem eficácia diante de disposição legal expressa que elege a competência do domicílio da vítima.²⁰

Porém, não se pode pensar que em qualquer caso de fraudes por meio de cheque será aplicada a regra do art. 70, § 4º, CPP. Esta se refere apenas à figura equiparada do art. 171, § 2º, VI, CPP (cheque sem fundos ou frustração do pagamento). Em casos de cheques falsificados, cheques de contas encerradas, cheques falsos ou clonados, cheques furtados ou roubados etc., aplica-se a regra normal do art. 70, “caput”, CPP e a Súmula 48, STJ que afirma competir “ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque” (esta Súmula não sofre qualquer dano com o advento da Lei nº 14.155/21). Na prática isso não altera muito o resultado da competência, considerando que a vítima normalmente é lesada no local de seu domicílio. Mas, em casos especiais em que a vítima é lesada fora da área de seu domicílio, haverá divergência. Imagine o seguinte:

Um indivíduo de São José dos Campos – SP passa um cheque sem fundos em Lorena-SP (onde a vítima é estabelecida), cheque este de sua titularidade (do infrator) em banco na primeira cidade. Antes a competência era de São José dos Campos – SP, agora é de Lorena – SP, domicílio da vítima. Outro caso seria um indivíduo que passa um cheque falso em Lorena-SP. Acaso a vítima seja também moradora de Lorena – SP, embora se aplique ao caso o art. 70, “caput”, CPP e não seu § 4º, a competência continua em Lorena-SP e acaba coincidindo acidentalmente com o domicílio da vítima. Nada acaba se alterando na prática, mas tão somente a norma legal aplicável é diversa. Porém, nesse caso do cheque falso, se a vítima que o recebeu era, por exemplo, um vendedor ambulante, morador de Ubatuba – SP, a competência continuará em Lorena – SP e, portanto, também na prática haverá alteração pela aplicação do art. 70, “caput”, CPP e Súmula 48, STJ no caso de cheque falso e não do art. 70, § 4º, CPP.

Já nos casos de crimes de estelionato cometidos mediante depósitos ou transferências de valores, aplica-se diretamente a regra do art. 70, § 4º, CPP,

sendo competente o local de domicílio da vítima e, em havendo pluralidade, a questão se resolve pela prevenção.

Frise-se, por fim, que nos demais casos de estelionato, seja do “caput” ou parágrafos do art. 171, CP, a competência continua se firmando pela regra geral do art. 70, “caput”, CPP (local onde se consuma a infração, o que equivale a dizer, no caso de crimes patrimoniais, onde ocorre o efetivo prejuízo da vítima).

No que diz respeito ao direito intertemporal, em se tratando de norma de caráter estritamente processual penal (competência), aplica-se, em regra, o sistema do isolamento dos atos processuais ou aplicação imediata, sem que seja necessário adentrar em questões de retroatividade ou ultratividade. Porém, o que fazer em relação aos processos já em andamento? Continuar no mesmo juízo ou remetê-lo de acordo com a nova regra?

Em se aplicando a regra geral do isolamento dos atos processuais, conforme art. 2º, CPP, caberia remeter os autos ao novo juízo competente de acordo com o art. 70, § 4º, CPP. Pode haver quem assim entenda, dada a determinação expressa do art. 2º, CPP já mencionado.²¹

Entretanto, considera-se que essa alteração geraria graves entraves, especialmente à nossa já comalida agilidade processual. No que tange às regras de competência existe a chamada “perpetuatio jurisdictionis”, obtida por integração do art. 43, CPC c/c art. 3º, CPP.²² De acordo com o princípio da “perpetuatio jurisdictionis” quando iniciado um processo em determinado juízo, nele deve seguir até seu final julgamento (seria uma exceção à aplicação imediata das normas processuais, adotando-se o sistema da unidade processual). Quando um processo se inicia a competência é firmada, de maneira que eventuais alterações nesse tópico serão tidas, em regra, como irrelevantes.²³ A aplicação desse princípio por meio da analogia ao Processo Civil, que tem sido admitida correntemente,²⁴ nos parece a melhor solução para os casos em andamento. O ideal seria que o legislador houvesse previsto uma norma de transição determinando expressamente esse procedimento. Infelizmente não o fez, o que certamente gerará alguma controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Agora, quanto aos casos em que ainda não há processo, mesmo havendo inquérito em andamento, a aplicação da nova norma é imediata, de acordo com o art. 2º, CPP, pois que a “perpetuatio jurisdictionis” não se refere à fase pré-processual, mas somente quando já iniciado o processo em juízo. Portanto, não importa se o fato se deu antes da nova norma, o que pode importar é se o processo já estava em andamento antes dela.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto, pode-se afirmar que no que diz respeito ao regramento de delitos informáticos e eletrônicos, desde a invasão de dispositivos até a prática de crimes patrimoniais, a Lei nº 14.155/21 pode ser considerada uma evolução do cenário jurídico brasileiro, embora não esteja imune a erros e críticas.

No que tange à questão processual de regramento da competência para o crime de estelionato, também se considera ter havido em geral um avanço, especialmente no que se refere à segurança jurídica sobre o tema. 

NOTAS

- 1 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Novo Crime de Invasão de Dispositivo Informático. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico> , acesso em 27.07.2021. Publicado originalmente em 04.02.2013.
- 2 GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus. Lei nº 14.155/2021 em análise: invasão de dispositivo informático, furto eletrônico, fraude eletrônica e competência. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1229253925/a-lei-n-14155-2021-em-analise-invasao-de-dispositivo-informatico-furto-eletronico-fraude-eletronica-e-competencia> , acesso em 28.07.2021.
- 3 GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. Cit. Os autores apresentam jurisprudência que reconhece essa amplitude do termo em discussão: TJDF. Apelação Criminal. 3ª. Turma Criminal, n. 20160110635069/DF, Rel. Nilsoni de Freitas Custódio, j. em 19.09.2019.
- 4 PL 4093/2015. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE44E6C85B17B4A06825384DD5214A6E.proposicoesWebExterno1?codteor=1425229&filename=Tramitacao-PL+4093/2015 , acesso em 27.07.2021.
- 5 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Novo Crime de Invasão de Dispositivo Informático. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico> , acesso em 27.07.2021. Publicado originalmente em 04.02.2013.
- 6 As “normas penais em branco próprias ou heterogêneas” são aquelas que exigem para seu complemento uma espécie normativa diversa da lei (v.g. Decreto, Resolução, Portaria etc.). Doutra banda, as “normas penais em branco impróprias homovetelinas” são aquelas cujo complemento está no mesmo diploma legal (v.g. conceito de casa no crime de violação de domicílio, dentro do próprio Código Penal).
- 7 Neste sentido: COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique. Lei nº 14.155/21 incrementa punição de crime eletrônicos e informáticos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mai-28/opiniao-lei-1415521-incrementa-punicao-crimes-eletronicos-informaticos#:~:text=Foi%20publicada%20nesta%20sexta%20feira,definindo%20hip%C3%B3tese%20de%20compet%C3%Aancia%20criminal.> , acesso em 28.07.2021. No mesmo sentido afirma Cunha: “Outra alteração no § 3º foi a supressão da ressalva sobre a incidência da qualificadora ‘se a conduta não constitui crime mais grave’. A redação atual não se refere à subsidiariedade dessa infração penal, mas isso é indiferente, pois o caso concreto deve determinar se a conduta descrita na qualificadora constitui o crime do art. 154-A ou outro de natureza mais grave”. CUNHA, Rogério Sanches. Lei nº 14.155/21 e os crimes de fraude digital: primeiras impressões e reflexos no CP e no CPP. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/05/28/lei-14-15521-e-os-crimes-de-fraude-digital-primeiras-impressoes-e-reflexos-no-cp-e-no-cpp/> , acesso em 28.07.2021.
- 8 GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. cit.
- 9 Op. cit.
- 10 Op. cit.
- 11 Op. cit.
- 12 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 109. Em posição diversa se manifestam Gilaberte e Montez, para os quais o conceito de vulnerabilidade do Código Penal só teria aplicação aos casos de crimes sexuais. Para os autores, deveria ser aferida neste caso a vulnerabilidade patrimonial em situações de hipossuficiência da vítima em geral previstos em vários diplomas (v.g. situações de violência doméstica e familiar contra a mulher; deficientes mentais ou físicos; pródigos etc.). GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. Cit. O conceito então se torna fluído, infringindo a legalidade estrita cara ao Direito Penal, e não leva em consideração a interpretação sistemática necessária do Código Penal, razão pela qual, respeitosa, discordamos dos autores. Em acordo com nosso entendimento: COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Lei nº 14.155/2021: promove alterações nos cri-

mes de invasão de dispositivo informático, furto e estelionato. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2021/05/lei-141552021-promove-alteracoes-nos.html#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2014.155%2F2021%20tamb%C3%A9m%20promoveu%20duas%20altera%C3%A7%C3%B5es%20no,com%20o%20C%C2%A7%204%C2%BA%2DB.>, acesso em 28.07.2021. E ainda de acordo com nosso entendimento: CUNHA, Rogério Sanches, Op. cit., com a seguinte afirmação: “A lei não conceitua, para os efeitos do furto, quem pode ser considerado vulnerável. O conceito pode ser obtido no art. 217-A, ou seja, podemos considerar vulneráveis o menor de quatorze anos e a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato”.

- 13 Por esses motivos discordamos, respeitosamente, da interpretação dada por Gilaberte e Montez, que aponta para uma indeterminação da expressão “considerando a relevância do resultado gravoso”, embaraçando-a, a nosso ver, indevidamente, com a questão do privilégio. Cf. GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. cit.
- 14 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit.
- 15 CAVALCANTE, Márcio André Lopes, Op. cit.
- 16 CUNHA, Rogério Sanches, Op. cit.
- 17 O exemplo do idoso enganado via internet sem que o agente saiba tratar-se de idoso é de autoria de Costa, Fontes e Hoffmann. Op. cit. Também menciona a necessidade de ciência das circunstâncias Sanches Cunha. Cf. CUNHA, Rogério Sanches, Op. cit.
- 18 Veja-se por todos: GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 568. “No furto com fraude o comportamento arditoso, insidioso, como regra, é utilizado para que seja facilitada a subtração pelo próprio agente dos bens pertencentes à vítima. Ao contrário, no crime de estelionato, o artifício, o ardil, o engodo são utilizados pelo agente para que, induzindo ou mantendo a vítima em erro, ela própria possa entregar-lhe a vantagem ilícita”.
- 19 GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. cit.
- 20 Essa também é a orientação de Cavalcante ao afirmar que tais súmulas “estão superadas”. Cf. CAVALCANTE, Márcio André Lopes, Op. cit. Igualmente é o entendimento de Gilaberte e Montez: GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. cit. Diversamente, entendem Costa, Fontes e Hoffmann, para os quais não houve maiores prejuízos às mencionadas Súmulas. Cf. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit. Acontece que os autores incidem em um equívoco. Aduzem que o local da recusa do pagamento pelo sacado seria o mesmo de domicílio da vítima, quando não é isso. O local de recusa do pagamento é o da “praça do cheque”, ou seja, onde se localiza a agência bancária daquele que emitiu o cheque e não daquele que o recebeu. Quem emite o cheque é o autor do estelionato, não a vítima. Essa inversão indevida levou os autores a erro em sua conclusão. Na verdade, a redação dada ao art. 70, § 4º, CPP pela Lei nº 14.155/21 prejudica totalmente as Súmulas em destaque, estabelecendo regra legal que inverte a competência antes indicada pelos tribunais superiores. Na realidade o domicílio da vítima somente coincidiria com o da recusa do pagamento, acaso estelionatário e vítima morassem e tivessem contas bancárias na mesma cidade. Ainda assim, a recusa do pagamento se daria na agência do estelionatário e não na da vítima, salvo se também tivessem contas na mesma agência.
- 21 Neste sentido: GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. Cit. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. cit.
- 22 Eis a redação do art. 43, CPC: “Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta”.
- 23 Neste sentido: CAVALCANTE, Márcio André Lopes, Op. cit.
- 24 Ainda antes do CPC de 2015, já era esse procedimento admitido pelo STJ, conforme se vê do seguinte julgado: HC 246.383/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, 6ª. Turma, j. em 18/06/2013, DJe 20/08/2013: “O art. 3º do Código de Processo Penal admite que se estenda à seara Processual Penal o disposto no art. 87 do Código de Processo Civil/1973, segundo o qual se determina a

competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”. E nada mudou desde então, mesmo com o novo CPP e seu art. 43. Esse julgado vem sendo repetido com as mesmas fundamentações em decisões posteriores. Por exemplo, no voto do Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, proferido no Conflito de Competência STJ nº 149.111/PR, j. em 08.02.2017: “Com efeito, o art. 3º do Código de Processo Penal admite que se estenda à seara Processual Penal o disposto no art. 87 do Código de Processo Civil/1973, segundo o qual se determina a competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia (HC 246.383/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 20/08/2013). A norma sofreu algumas alterações de redação no art. 43 do CPC/2015, mas manteve, em essência o mesmo espírito”. Nesse julgado o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca apenas afasta a “perpetuatio jurisdictionis” porque se pretendia alicerçá-la na fase de Inquérito Policial e não no início da ação penal. Finalmente vale destacar que em pesquisa no site JusBrasil é possível encontrar decisões do STF, STJ, TJs e TRFs acatando a “perpetuatio jurisdictionis” no Processo Penal por analogia, desde a década de 1990 até 2021. Consulte-se o link: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=APLICA%C3%87%C3%83O+AO+PROCESSO+PENAL+DO+PRINC%C3%8DPIO+DA+PERPETUATIO+JURISDICTIONIS&p=15>, acesso em 29.07.2021.

REFERÊNCIAS

- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Novo Crime de Invasão de Dispositivo Informático. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico>, acesso em 27.07.2021.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Lei nº 14.155/2021: promove alterações nos crimes de invasão de dispositivo informático, furto e estelionato. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2021/05/lei-141552021-promove-alteracoes-nos.html#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2014.155%2F2021%20tamb%C3%A9m%20promoveu%20duas%20altera%C3%A7%C3%B5es%20no,com%20o%20C2%A7%204%C2%BA%2DB,> acesso em 28.07.2021.
- COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique. Lei nº 14.155/21 incrementa punição de crime eletrônicos e informáticos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mai-28/opiniao-lei-1415521-incrementa-punicao-crimes-eletronicos-informaticos#:~:text=Foi%20publicada%20nesta%20sexta%2Dfeira,definindo%20hip%C3%B3tese%20de%20compet%C3%Aancia%20criminal.>, acesso em 28.07.2021.
- CUNHA, Rogério Sanches. Lei nº 14.155/21 e os crimes de fraude digital: primeiras impressões e reflexos no CP e no CPP. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/05/28/lei-14-15521-e-os-crimes-de-fraude-digital-primeiras-impressoes-e-reflexos-no-cp-e-no-cpp/>, acesso em 28.07.2021.
- GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus. Lei nº 14.155/2021 em análise: invasão de dispositivo informático, furto eletrônico, fraude eletrônica e competência. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1229253925/a-lei-n-14155-2021-em-analise-invasao-de-dispositivo-informatico-furto-eletronico-fraude-eletronica-e-competencia>, acesso em 28.07.2021.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.



ARQUIVO PESSOAL

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é Delegado de Polícia aposentado, Parecerista e Consultor Jurídico, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal. Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

Desigualdades causadas por leis perversas

■ POR JOSÉ PASTORE



“Para o Brasil sair desse quadro de pobreza e desigualdade é imperioso corrigir as distorções apontadas – e muitas outras. É imperioso fazer profundas mudanças nas leis e na Constituição Federal.”

Este artigo destaca o elevado peso das leis e da Constituição Federal na determinação de inúmeras desigualdades no Brasil. Mudanças nesse campo são essenciais para reduzir as atuais desigualdades. O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo em qualquer critério: econômico, educacional, social, político etc. Mas, muitos não percebem que grande parte das desigualdades é gerada por leis e até pela Carta Magna. Vejam alguns exemplos.

Pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), um empregado infrator e demitido por justa causa recebe apenas o salário pendente e eventuais férias não gozadas. Pela Lei Orgânica da Magistratura, um juiz condenado por venda de sentença e outras faltas disciplinares graves é simplesmente aposentado para receber o seu salário integral (R\$ 30 mil mensais ou mais) acrescido de reajustes ao longo do tempo.

Todos sabem que o salário inicial de um juiz de direito é de R\$ 27.500,00 mensais garantido por lei. Você conhece algum advogado de empresa, recém-formado, que ganhe isso? É claro que as atribuições de um juiz são complexas e delicadas, pois envolvem a vida, a liberdade, o trabalho e o patrimônio das pessoas. Mas, bem além do salário inicial, estão os penduricalhos que fazem a remuneração final dos magistrados chegar e/ou ultrapassar o teto de R\$ 39.000,00 fixado por lei. E, volta e meia, a imprensa nos assusta com os casos de magistrados que recebem grandes somas de tempos em tempos, sem falar nos 60 dias de férias por ano e mais uns 15 dias de recesso de fim de ano. Tudo garantido por lei.

Vejam este outro exemplo. Durante a pandemia, os trabalhadores contratados pela CLT tiveram que aceitar uma redução de jornada e de salário ou a suspensão do contrato de trabalho por força da Lei nº 14.020/2021 para não perder os empregos. Por força de leis específicas e de sentença do Supremo Tribunal Federal, os servidores públicos não estão sujeitos a esses expedientes por mais calamitoso que seja o orçamento dos órgãos em que trabalham. Aliás, a referida sentença foi dada nas barbas de mais de 10 milhões de brasileiros do setor privado que, em 2020, tiveram cortes de salário e suspensão do contrato de trabalho – e muitos perderam o emprego. É uma discriminação intolerável, mas tem base legal.

Os servidores públicos, de modo geral, desfrutam de proteções que os empregados do setor privado não têm: adicionais de salário por tempo de serviço (anuênios, quinquênios), licença-prêmio, estabilidade e aposentadoria com salário integral ou próximo dele. Tudo garantido por lei. A proposta de reforma administrativa que está no Congresso Nacional ataca distorções importantes, mas deixa de lado várias desigualdades gritantes do quadro de servidores atuais, em especial, dos Poderes Legislativo e Judiciário. Ou seja, também as novas leis prometem cultivar as desigualdades atuais.

Mais um exemplo. Depois do grande esforço para fazer a reforma previdenciária, em 2019, a Emenda Constitucional 103 manteve uma enorme diferença entre os valores da aposentadoria dos atuais servidores públicos e dos trabalhadores do setor privado com base no princípio constitucional do direito adquirido – ou privilégio adquirido. Na aposentadoria, os servidores públicos ganham em média, dez vezes mais do que os trabalhadores do setor privado – tudo dentro da lei.

Para não ficar apenas no setor público, há muitas outras fontes de desigualdade com base legal. As famílias ricas e de classe média alta pagam fortunas para seus filhos estudarem em escolas particulares caríssimas e se livram de qualquer despesa quando eles entram numa universidade pública onde tudo é gratuito. É o que estabelecem as leis e a Constituição Cidadã.

Com a pandemia, as desigualdades se agravaram. A renda média dos trabalhadores que tiveram a sorte de continuar empregados caiu drasticamente. Os servidores públicos sofreram a “penalidade” de ter os valores de sua remuneração congelados até dezembro de 2021. Tudo garantido por lei.

Para citar exemplos do setor privado, lembro que, por força de lei, uma das categorias que mais ganham no Brasil trabalha apenas seis horas por dia e 30 por semana – os bancários.

Lembro também que, por força de lei, o desempregado solteiro ganha o mesmo valor de seguro-desemprego que o desempregado casado e com vários filhos. Tem lógica?

Por força de lei foram criados mais de 1.000 novos municípios nos últimos dez anos, cuja maioria (90%) não se sustenta com recursos próprios, o que exige os aportes do Tesouro Nacional, portanto, dos brasileiros de menor renda – o povo.

Não se discute se tais leis são justas ou injustas. O fato é que elas criam uma enorme desigualdade e estimulam o ativismo de corporações bem aparelhadas para defendê-las e ampliar as benesses. Vejam o caso recente da aprovação de um Fundo Eleitoral de R\$ 5,7 bilhões para cada eleição! Só não virou lei porque até o fechamento deste ensaio, o Presidente da República não sancionou. Mas, ao revelar seu descontentamento, disse que preferia aprovar “apenas” R\$ 4 bilhões...

Não há espaço para arrolar os vários disparates legais que sustentam desigualdades inaceitáveis. Jean-Jacques Rousseau, no discurso sobre a origem das desigualdades (1762), disse bem: “Se me perguntarem como puderam os homens chegar a tanta desigualdade, eu não sei responder. Mas, se me indagarem como puderam tais desigualdades serem legitimadas, isso eu sei responder... A legitimação veio das convenções criadas pelos próprios homens. Afinal, o direito nada mais é do que o poder convencido”.

Temos de ser realistas. Para o Brasil sair desse quadro de pobreza e desigualdade é imperioso corrigir as distorções apontadas – e muitas outras. É imperioso fazer profundas mudanças nas leis e na Constituição Federal. Isso significa que o combate às desigualdades será doloroso, pois implica reavaliar vários sonhos criados pelos Constituintes de 1987-88. A tarefa é difícil, mas não é impossível. Vários países mudaram princípios sacrossantos. Confúcio dava uma importante lição, dizendo que o governante precisa de armamento, alimento e apoio do povo para governar, quando um dos seus discípulos perguntou:

- E se eu não puder dispor dos três. De qual devo abrir mão?
- Abra mão do armamento, disse Confúcio.
- E se eu não puder dispor dos dois?
- Abra mão do alimento porque sem a confiança do povo é impossível governar. **C**



JOSÉ PASTORE é Professor da Universidade de São Paulo e consultor em relações do trabalho do CAESP – Conselho Arbitral do Estado de São Paulo.



O direito ao silêncio no tribunal do júri e o respeito aos acusados

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“No Processo Penal, cujo conteúdo difere substancialmente do Processo Civil, o prejuízo decorrente da inobservância das normas deve ser presumido e não provado pela defesa.”

A atuação de um representante do Ministério Público da Bahia deu causa à nulidade de uma sessão do Tribunal do Júri, quando, por unanimidade, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia deu provimento a uma apelação da defesa, na qual se alegou ter havido “cerceamento de defesa pelas repetidas e infundadas interferências do promotor de justiça, mormente devido ao tom de menosprezo e deboche em suas palavras”, especialmente durante os apartes do promotor de Justiça quando o advogado do réu citava casos de inocentes condenados pelo Júri, para destacar a responsabilidade dos jurados. Segundo o apelante, o representante do Ministério Público valeu-se de um “claro discurso de autoridade para incutir nos jurados o entendimento de que um inocente não permaneceria em silêncio, objetivando induzi-los a uma decisão condenatória.”

Segundo consta do acórdão (adotado pelos demais desembargadores), “o representante do Ministério Público extrapolou limites legais ao criticar o silêncio do réu no plenário e causou prejuízo à plenitude de defesa por apartes repetidos e infundados.” De acordo com a relatora, Desembargadora Inez Maria Brito Santos Miranda, o promotor de Justiça “extrapolou os limites legais ao proceder digressão opinativa e crítica, direta e indiretamente, sobre o uso do direito ao silêncio”. Para ela, agir com “escárnio e pilhéria em relação à argumentação de advogados, com o objetivo de desqualificá-la perante os jurados, configura dano insanável à essencial plenitude de defesa”, observando que a defesa recorreu em favor de um dos réus, mas o teor da sua apelação também se aplicava ao outro acusado, de modo que o júri deveria ser anulado para ambos.

A sessão desse julgamento ocorreu no Fórum de Guanambi, cidade a 676 quilômetros de Salvador, em 13 de abril de 2018. Segundo consta da acusação, por causa de dívida do tráfico de drogas, A.M.P.L. e C.G.S. mataram G.S.N. com três tiros nas costas em 31 de outubro de 2013. Os réus também foram acusados de extorsão e ocultação de cadáver por terem constrangido um homem a lhes entregar um carrinho de mão para levar o corpo até um terreno baldio. Os jurados absolveram os réus da extorsão e ocultação de cadáver, mas os condenaram pelo homicídio qualificado por motivo torpe e emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima. As suas penas foram fixadas em 14 anos e 12 anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, com o direito de recorrer em liberdade.

Note-se que o próprio parecer do Ministério Público em segundo grau (de minha autoria) foi favorável ao provimento da apelação, pois, conforme afirmado no pronunciamento ministerial, a mídia digital acostada aos autos demonstrou claramente que o representante do Ministério Público violou o art. 478, caput e II, do Código de Processo Penal.

Para ilustrar o parecer, transcreveu-se as palavras do Promotor de Justiça, nestes termos: “Eu sei que o réu durante o interrogatório, o que eu acho um erro, o erro do Brasil, coisas do Brasil, né? O réu durante o interrogatório não é obrigado a responder as perguntas sobre o fato. Ele não é obrigado, responde se quiser. É por isso que normalmente eu não pergunto nada sobre o fato, porque

como nós vimos hoje, a defesa pergunta tudo e o réu responde até o que não deve de um processo que não tem nada a ver. Que não está nos autos.”

Vê-se, portanto, que o Ministério Público fez referência ao silêncio do acusado, nada obstante a proibição expressa do art. 478, *caput* e inciso II, do Código de Processo Penal, o que pode ter influenciado na decisão dos jurados. A propósito, convém salientar a lição de Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

“O direito ao silêncio, portanto, é uma das manifestações mais importantes do aludido princípio (*nemo tenetur*), na medida em que tutela, não só a consciência moral daquele que, pelo fato de correr o risco de uma condenação, se vê compelido a mentir em seu favor, mas, também, protege o acusado contra juízos de convencimentos lastreados em percepções subjetivas indignas de graus aceitáveis de certeza. De outro bordo, o silêncio é direito constitucional do réu. Se é vedado ao juiz considerar o silêncio em desfavor do réu (parágrafo único do art. 186 do CPP: ‘o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa’), também não poderá ser arguido como fundamento para reforçar a procedência da acusação perante o plenário do Júri. Portanto, o dispositivo em tela – sem similar no CPP anterior – guarda estrita consonância com o art. 5º, LXIII, CF/88.”¹

Segundo Renato Brasileiro, “o exercício do direito ao silêncio não é sinônimo de confissão ficta ou de falta de defesa, cuida-se de direito do acusado, no exercício da autodefesa, podendo ser usado como estratégia defensiva; no âmbito do júri, pode-se dizer que, ao invés de se valer da prova constante dos autos, as partes tentam formar o convencimento dos jurados apelando para uma anterior decisão do juiz presidente ou do Tribunal acerca do caso concreto. Como os jurados são pessoas leigas, geralmente desprovidas de conhecimento técnico, podem ser facilmente influenciados no sentido da condenação (ou absolvição) do acusado se lhes for revelado o entendimento do juiz togado acerca do caso concreto. Daí a importância de se vedar a utilização do argumento de autoridade. Visando evitar que os jurados sejam convencidos pelas partes senão com base na prova constante dos autos, o art. 478 do CPP dispõe que, durante os debates, as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.”²

Além desse fato grave, observou-se também que as constantes e inoportunas interrupções do representante do Ministério Público durante o julgamento violaram a plenitude de defesa garantida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, comprometendo-se o julgamento. Neste sentido, como se comprovou com o conteúdo da mídia digital, durante a sustentação oral da defesa, o representante do Ministério Público interrompeu várias vezes a palavra do advogado, inclusive com risadas, o que pode ter afetado as alegações defensivas.

Como se sabe, a intervenção de uma das partes durante os debates, nos termos do art. 497, XII, do Código de Processo Penal, deve ser regulamentada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri. Analisando-se os autos, percebeu-se

que apenas duas intervenções obedeceram o dispositivo legal referido acima, porquanto por diversas vezes o representante do Ministério Público interrompeu a defesa, sem a anuência da Juíza, questionando e falando com menoscabo, inclusive com risadas, obstando, efetivamente, o exercício da plenitude de defesa, assegurada no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

Aliás, algumas das intervenções ocorreram no momento em que a defesa relatava casos de erros em condenações pelo Tribunal do Júri (exercendo a plenitude de defesa), tentando infundir nos jurados a cautela e a prudência necessárias para um julgamento, o que poderia beneficiar a todos os acusados, restando claro, portanto, que a plenitude de defesa foi prejudicada, pois o comportamento absolutamente inadequado do promotor de Justiça conspurcou todo o julgamento.

Sobre a plenitude de defesa, vejamos, mais uma vez, a doutrina de Renato Brasileiro: “A primeira garantia constitucional do júri é a plenitude de defesa. Enquanto a ampla defesa é assegurada a todos os acusados (CF, art. 5º, LV), inclusive em relação àqueles que são submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri, a plenitude de defesa é prevista especificamente como garantia do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII, ‘a’). A plenitude de defesa implica no exercício da defesa em um grau ainda maior do que a ampla defesa da defesa técnica: o advogado não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente técnica, ou seja, é perfeitamente possível que o defensor também utilize argumentação extrajurídica, valendo-se de razões de ordem social, emocional, de política criminal, etc. A plenitude da autodefesa: ao acusado é assegurado o direito de apresentar sua tese pessoal por ocasião do interrogatório, a qual também não precisa ser exclusivamente técnica, oportunidade em que poderá relatar aos jurados a versão que entender ser a mais conveniente a seus interesses.”³

No mesmo sentido, Gustavo Henrique Badaró afirma que, “embora seja assegurado em todo processo judicial a ‘ampla defesa’ (CR, art. 5º, LV), especificamente no Tribunal do Júri foi prevista a ‘plenitude de defesa’ (CR, art. 5º, XXXVIII, a). Não parece se tratar de mera variação terminológica, com o mesmo conteúdo. Pleno (significa: repleto, completo, absoluto, perfeito) é mais do que amplo (significa: muito grande, vasto, abundante). Assim, a plenitude de defesa exige uma defesa em grau ainda maior do que o da ampla defesa. Já no júri, por se tratar de um tribunal popular, em que os jurados decidem mediante íntima convicção, com base em uma audiência concentrada e oral, a defesa deve ser plena, isto é, ‘uma defesa acima da média’ ou ‘irretocável’. Aceita-se, ainda, que possa inovar na tréplica, mesmo que isto cause surpresa ao acusador e impeça o contraditório.”⁴

Ademais, importante ressaltar que o réu tem direito ao respeito; praticando uma conduta delituosa merece também ser punido (se for o caso), é evidente, mas não lhe retirando garantias processuais e faltando-lhe com a consideração devida. O acusado de um crime tem que ser visto como um sujeito de direitos para o qual a Constituição previu uma série de garantias processuais que devem ser obrigatoriamente obedecidas, principalmente

pelo órgão responsável pela acusação pública. Se o promotor de Justiça não tiver essa consciência ética, e considerando as atuais condições que são inteiramente propícias ao endurecimento do tratamento penal dos acusados, é evidente que diversos direitos e garantias processuais (muitos dos quais previstos na Carta Magna), podem ser esquecidos, revelando atitude, do ponto de vista ético, extremamente reprovável.

Por isso que a acusação pública, apesar de ser deduzida em nome da sociedade, não pode ser movida por sentimento de ódio, paixão ou vingança, deixando-se de lado a lógica jurídica e sustentando a acusação apenas na boa oratória e na eloquência vazia de argumentação, amesquinhando-se uma função tão digna. Dessa forma, por exemplo, a aceitação da improcedência de uma acusação, antes de representar uma derrota, deve ser vista como uma atitude nobre e eticamente incensurável.

A ética, portanto, repulsa os espetáculos teatrais, a busca incessante pela notoriedade e pelo espaço na mídia, as humilhações a quem já se encontra em situação vexatória, tudo a exigir do Promotor criminal um distanciamento quase “heroico” das paixões que costumam rodear as causas criminais.

Roberto Lyra, em uma de suas obras, resumiu de forma absolutamente correta os princípios norteadores da conduta de um membro do Ministério Público; citando o Marquês de São Vicente (“tão cioso das convenções hipócritas de outrora”), ele escreveu: “O acusador, por decoro próprio e sobretudo por obrigação estrita, jamais deverá injuriar o réu, ou por qualquer forma olvidar-se do respeito devido ao tribunal. Pelo contrário, refletido e moderado, embora enérgico em sua argumentação, deve produzir a acusação sem arrebato, sem exageração.”⁵

Segundo Lyra, “faltará, no entanto, à ética, numa de suas regras essenciais, o Promotor Público que injuriar o réu, ou, mesmo vexá-lo sem estrita necessidade. Mais do que violação da ética isso constitui covardia, na rigorosa expressão da palavra. É, também, impolítico, desastrado, contraproducente esse procedimento pelo péssimo efeito, pelo desprestígio da função, pelo descrédito do orador judiciário.”⁶

Destarte, não deve o Promotor valer-se do infortúnio do acusado para, afastando a sua vaidade, utilizar-se do processo como palco para disputas forenses e em busca da notoriedade gratuita e nociva.

No que diz respeito ao relacionamento com os magistrados, os advogados e os próprios colegas, deve o Promotor de Justiça comportar-se sem qualquer tipo de animosidade, ainda que suas teses jurídicas sejam conflitantes, o que é normal tratando-se de uma ciência como é a do Direito. Não havendo entre eles qualquer tipo de hierarquia ou submissão, é evidente que o convívio deverá ser o mais harmônico, respeitoso e confiável e isto só é possível se todos se conduzirem eticamente nas suas respectivas áreas de atuação, o que não ocorreu no caso dos autos em relação ao promotor de Justiça e à defesa, conforme explicitado acima.

Por fim, observa-se que tais questões não são meramente procedimentais, como se costuma, depreciativamente e de forma simplista, afirmar-se em

algumas decisões judiciais que ainda teimam em invocar uma nociva “instrumentalidade do processo” para relativizar o rito processual em detrimento da garantia que ele representa para o acusado no processo penal.

Aliás, Calmon de Passos, há quase duas décadas, já desvelava esta farsa, afirmando que “falar-se em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual”.

Para Calmon, a instrumentalidade foi uma resposta dada “para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. E a resposta foi dada pela palavra mágica da ‘instrumentalidade’, a que se casaram outras palavras mágicas – ‘celeridade’, ‘efetividade’, ‘deformalização’ etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e a hora do desencantamento”.⁷

Pois que, desgraçadamente, até hoje como nunca antes, despreza-se a forma com argumentos utilitaristas, eficientistas e consequencialistas, como se um procedimento em matéria penal fosse apenas um “simples detalhe”, um arremate, digamos assim, perfeitamente dispensável, esquecendo-se que a sua observância é, sobretudo, uma garantia que o acusado será processado, julgado e (se for o caso) condenado sob o manto do devido processo legal, sem manipulações de qualquer natureza. No Processo Penal, cujo conteúdo difere substancialmente do Processo Civil, o prejuízo decorrente da inobservância das normas deve ser presumido e não provado pela defesa.⁸ 

NOTAS

- 1 PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. São Paulo: Atlas: 2020, p. 526 e 1.149.
- 2 BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71/72, 75 e 1383.
- 3 Obra citada, p. 1.372/1.373.
- 4 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 649 e 650.
- 5 LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 79.
- 6 Obra citada, p. 80.
- 7 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Revista de Processo, nº 102, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 55 e seguintes.
- 8 A propósito, é preciso ler e reler o clássico “A Lide e o Conteúdo do Processo Penal”, de Jacinto Nelson Miranda Coutinho, Curitiba: Juruá, 1998.



RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS. Pós-graduado pela Universidade de Salamanca.



***Whistleblower* no Brasil: a importância de um olhar global na busca de melhores práticas**

■ POR LUCIANO INACIO DE SOUZA E PEDRO LEAL

“Há espaço para a discussão e desenvolvimento de uma nova legislação brasileira sobre o tema, e é evidente que o *whistleblowing* é – e deve, ser apresentado como uma ferramenta de combate preventivo da corrupção, mas ele pode ser muito mais do que isso.”

No Brasil, a figura do *whistleblower*, denominação estrangeira para denunciante de boa-fé, informante ou “aquele que sopra o apito”, não é regulamentada devidamente e sua importância para o combate à corrupção e outros ilícitos não vem sendo amplamente discutida. É bem verdade que a legislação brasileira evoluiu nas últimas décadas e diversas leis foram aprovadas com o objetivo de fomentar o combate à desvios na administração pública, porém há margem para melhoria.

O termo *whistleblower* advém da legislação dos Estados Unidos da América, inicialmente tratado no False Claims Act de 1863, e com grande evolução do longo do século XX, tendo sua expansão global baseada na Sarbanes-Oxley Act de 2002, que estendeu a proteção legal aos *whistleblowers* do setor privado.

Quanto à questão de proteção à *whistleblowers*, as previsões legais brasileiras, apesar de existentes, ainda são muito frágeis. Por exemplo, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), em seu artigo 7º, inciso VIII, dá ênfase a canais de denúncia dentro da estrutura empresarial como um requisito para um completo e efetivo Programa de Integridade, mas não passa disso.

Não há, por exemplo, exigência legal de que empresas privadas instituem canais de denúncia internos e garantam proteção a quem reporte condutas. Dessa forma, há mais um cumprimento de “boas práticas” por parte das empresas que adotam esses canais, do que uma obrigação legal passível de sanções.

Recentemente foi promulgada a Lei nº 13.608/2018, que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais, o conhecido “Disque-Denúncia”. Tal norma prevê que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos”.

A hipótese de um retorno financeiro àqueles que aderirem ao sistema, é uma compensação para os riscos de reputação, econômicos, de carreira e até de vida para pessoas que não agiriam por simples motivação ética, ou até que teriam receio ou medo de “soprar o apito”. No entanto, a forma como o instituto de recompensas está prevista nessa lei é muito vago e é importante para que haja melhorias para uma maior efetividade do instrumento, inclusive no que diz respeito ao valor a ser pago, que é limitado a até 5% do valor recuperado. Nos Estados Unidos, como forma de comparação, o limite é de até 30% na previsão do False Claims Act.

A Lei também traz algumas provisões para garantir o direito do “informante” à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos, efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal. Há também previsão de proteção ao informante de ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

No entanto, prevê o ressarcimento em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais, como forma de sanções para ações ou omissões praticadas em retaliação. Não nos parece uma proteção extensa e que traga segurança aos potenciais informantes.

Nesse mesmo sentido, a Lei nº 9.807/1999, estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas

e a Testemunhas Ameaçadas, e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Porém, essa norma aborda somente a proteção de vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam sendo coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal, bem como de réus que colaborarem voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Ainda, algumas bases normativas podem ser encontradas em convenções das quais o Brasil é signatário, e cujos textos foram ratificados internamente, como a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (artigos 8, 13, 32 e 33) e a Convenção Interamericana Contra a Corrupção (artigo III).

Assim, no atual cenário legislativo brasileiro, não há uma lei específica para tratar sobre o *whistleblowing* e seus diversos aspectos e impactos, a despeito de algumas normas esparsas que lidam com o assunto de forma bastante vaga.

Como possível inspiração para aprimorarmos nosso ordenamento jurídico nesse tema, tivemos, no final de 2019, a entrada em vigor da Diretiva 2019/1937 do Conselho Europeu, um importante passo para garantir um padrão em todos os países membros da União Europeia acerca da proteção de *whistleblowers* (termo usado na redação em inglês da Diretiva). O Conselho concedeu um período de dois anos para que os estados membros implementem a Diretiva em suas próprias leis nacionais, o que ocorre no final deste ano.

Trata-se de um regulamento sobre proteção à *whistleblowers*, prevendo proteção contra demissão, difamação e outras discriminações. As denúncias podem ser realizadas de forma externa ou interna, ou seja, internamente nas empresas, diretamente a autoridades competentes ou de forma pública.

A proteção aplica-se a todos que reportem irregularidades relacionadas com a legislação da União Europeia, como, por exemplo, ilícitos relacionados a fraude fiscal, lavagem de dinheiro ou infrações de contratos públicos, segurança rodoviária e de produtos, proteção ambiental, saúde pública e proteção do consumidor e de dados.

Além disso, empresas com mais de 50 funcionários são obrigadas a criar canais de comunicação internos adequados, que prevejam reporte através de um sistema online, por e-mail, correio e/ou linha telefônica direta ou sistema de secretária eletrônica. As empresas também são obrigadas a oferecer uma reunião pessoal caso o *whistleblower* o solicite.

As empresas devem garantir que a identidade do *whistleblower* seja mantida em sigilo, independentemente do canal de denúncia utilizado, e confirmar o recebimento do relatório no prazo de sete dias, bem como mantê-lo informado de qualquer ação tomada no prazo de três meses, o status da investigação interna e seu resultado.

A Diretiva também prevê que sanções devem ser aplicadas a empresas que obstruírem ou tentarem obstruir o relato de denúncias e que não conseguirem manter a identidade do *whistleblower* em sigilo.

Ademais, traz amplas proteções para proibição de retaliação ou ameaças e tentativas de medidas retaliatórias, não só contra os *whistleblowers*, mas

também a colegas ou familiares que tenham uma relação profissional com o mesmo empregador ou cliente ou destinatário de seus serviços, prevendo medidas de apoio jurídico e financeiro e garantias de proteção.

Ficou a cargo dos legisladores nacionais de cada estado membro determinar a gravidade das sanções para quem impeça ou tente impedir a denúncia, pratique atos de retaliação contra *whistleblowers*, instaure processos vexatórios ou viole o dever de manutenção da confidencialidade da identidade dos *whistleblowers*.

Por fim, cabe a ressalva de que a Diretiva não prevê sistema de recompensas ou contrapartidas aos *whistleblowers*, diferindo, nesse sentido, da legislação norte-americana, apesar de os resultados de consulta pública realizada em 2017, ter indicado que a existência de recompensa financeira estimula as denúncias. Por outro lado, considera como medida de apoio a possibilidade de os Estados-Membros disponibilizarem ajuda financeira aos *whistleblowers*.

Só o Brasil está atrás? Um estudo publicado pela International Bar Association (*Are whistleblowing laws working? A global study of whistleblower protection litigation*), mapeou a aplicação de legislação *whistleblower* em 48 países e mostra que não é só o Brasil que tem muito a crescer nesse campo.

De uma forma geral, o estudo concluiu que a eficácia das leis parece questionável devido à falta de acesso público de decisões de casos e dados sobre acordos judiciais, falta de utilização das leis, uma baixa taxa de sucesso para *whistleblowers*, e a compensação é insuficiente para os poucos que prevalecem.

O estudo ainda apresenta uma série de recomendações e melhores práticas a serem seguidas para o que seria considerada uma legislação plena e eficaz, como ampla variedade de temas cobertos pela proteção, proteção para os denunciadores além do ambiente de trabalho, real proteção da identidade, acesso à advogados e direito a um devido processo legal e compensação suficiente.

Como visto acima, há espaço para a discussão e desenvolvimento de uma nova legislação brasileira sobre o tema, e é evidente que o *whistleblowing* é – e deve, ser apresentado como uma ferramenta de combate preventivo da corrupção, mas ele pode ser muito mais do que isso, atuando na prevenção de delitos ambientais, tributários, relacionados à segurança nacional, de proteção de dados, entre outros, como está sendo proposto na Europa.

Vejamos como o tema evoluirá nos países europeus a partir de 2022, quando todos deverão ter implementado a Diretiva nas suas leis locais.

No Brasil, vale ressaltar, tramitam projetos de leis no Congresso Nacional para tratar do *whistleblowing*. Contudo, das propostas existentes, todas focam seus esforços na determinação da compensação financeira para os informantes, como o PL 3.165/15, e não na devida regulamentação da figura para que se torne uma efetiva medida de combate à corrupção e outros crimes.

Neste tipo de debate, é importante esse olhar global, na busca de melhores experiências e soluções de problemas que atingem todos os países. 



ARQUIVO PESSOAL

LUCIANO INACIO DE SOUZA é Advogado.



ARQUIVO PESSOAL

PEDRO LEAL é Advogado.



Das condutas anticoncorrenciais: prevenção, identificação e repressão

■ POR BRUNA BRAGHETTO

“A chave para um programa de *compliance* concorrencial de sucesso é o envolvimento da alta direção.”

A Constituição Federal resguarda a livre concorrência, que é, primeiramente, um preceito, um fundamento do Liberalismo em face da liberdade do próprio mercado, que pode, em tese, concorrer livremente, utilizando-se de recursos para a obtenção de maiores resultados econômicos. É claro que a livre concorrência deve estar alicerçada nos preceitos trazidos pelo Texto Constitucional.

Segundo Rudolph Von Jhering, “A concorrência é o regulador espontâneo do egoísmo. O egoísmo do vendedor que exagera o seu preço e é contido pelo de outro, que vende a um preço menor, assim como o egoísmo do comprador que quer pagar muito pouco e é refreado pelo de outro que oferece mais”.

A livre concorrência se insere como princípio da ordem econômica (art. 170, IV CF), seara do direito econômico, o qual ampara os mecanismos de intervenção do Estado na economia.

Outro consectário da liberdade econômica é a livre iniciativa, princípio que estabelece a possibilidade de um cidadão comum participar do mercado sem a necessidade de autorização ou aprovação do Estado.

Correlacionando os dois termos, enquanto a “livre iniciativa” conceitua-se na liberdade de constituir seu próprio negócio, a “livre concorrência” estende-se na liberdade de competição entre essas empresas.

A Constituição Federal, em seu art. 170, § 4º traz o fundamento constitucional para a repressão de condutas anticompetitivas ao estabelecer que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Ainda, o art. 174 determina que “o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”.

Neste contexto surge a Lei nº 8.884/94 que, ao transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, torna-se um forte instrumento de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, principalmente em razão do poder de polícia conferido ao órgão.

Podemos citar que o surgimento desta lei trouxe os seguintes ganhos: consolidação do controle de concentrações (quando duas ou mais empresas se unem com o objetivo de expandir sua capacidade e poder de mercado), consolidação do combate a carteis, respeitabilidade institucional do CADE, aumento da atuação do Ministério Público na área antitruste e técnicas mais eficientes de investigação (busca e apreensão, interceptação telefônica e acordos de leniência).

Numa linha de evolução da prevenção e repressão dos crimes contra a ordem econômica surge a Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência), através da qual foi criada a estrutura jurídica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Ela define quais são as condutas que se configuram como infrações à ordem econômica. Por natural, são previstas também as respectivas penas e os instrumentos de persecução administrativa dos infratores

Uma das principais alterações desta lei é a imposição da análise prévia de atos de concentração. De acordo com esta lei, a consumação de atos de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste (prática também conhecida como *gun jumping*¹ pela literatura e jurisprudência estrangeiras) é vedada pelo art. 88, § 3º. Esse dispositivo obriga as partes a absterem-se de concluir o ato de concentração antes de finalizada a análise prévia do CADE, sob pena de possível declaração de nulidade da operação, imposição de multa pecuniária em valores que variam entre R\$ 60.000,00 e R\$ 60.000.000,00 – a depender da condição econômica dos envolvidos, dolo, má-fé e do potencial anticompetitivo da operação, entre outros – e a possibilidade de abertura de processo administrativo contra as partes envolvidas. Assim, devem ser preservadas até a decisão final da operação as condições de concorrência entre as empresas envolvidas (art. 88, § 4º da LDC).

Citando um exemplo prático, em 2019, houve a compra da Fox pela Disney², contudo, o CADE condicionou o aval à venda da Fox Sports pelo grupo. Em acordo firmado com o CADE, a Disney se comprometeu a se desfazer dos ativos em regime de “porteira fechada” a um mesmo comprador, ou seja, em um pacote que inclui desde imóveis e equipamentos a contratos com ligas esportivas, como Libertadores da América e Copa Sul-Americana. A empresa terá que repassar ainda direitos esportivos, contratos com operadoras e funcionários e licenciar, gratuitamente, a marca Fox.

O entendimento do CADE é que a compra da Fox pela Disney, representaria um risco para a concorrência no mercado de canais esportivos. A empresa ficaria com dois dos três principais canais – ESPN, da Disney, e Fox Sports, da Fox – concorrendo apenas com a SporTV, da Globosat.

O CADE não fiscaliza apenas grandes concentrações, mas também, arranjos societários. Recentemente, Facebook e Cielo criaram um sistema de pagamentos via whatsapp³, porém, posteriormente bloqueado pelo Banco Central por não ter sido submetido previamente ao CADE.

Atualmente, o CADE fiscaliza em que termos se deu este arranjo e questiona razões que “fundamentem que a forma de remuneração e a estrutura operacional a ser implementada pela parceria não podem inviabilizar ou desincentivar o fornecimento de serviços de credenciamento e captura de transações por credenciadoras concorrentes da Cielo ao Facebook (WhatsApp)”.

Outro exemplo de conduta anticompetitiva condenada pelo CADE é o cartel, um acordo de cooperação entre empresas que buscam controlar um mercado, determinando os preços e limitando a concorrência. Os cartéis prejudicam os consumidores, pois aumentam os preços e restringem a oferta de produtos ou serviços, ou inviabiliza a aquisição deles.

A Lei nº 12.529/11, caracteriza quais as condutas anticompetitivas, o que depende do impacto causado pela conduta da empresa no mercado⁷. O tamanho da empresa é relevante, pois se pequena, os reflexos não vão gerar consequência para o mercado e não haverá penalização, o que já não ocorre com o cartel, pois enquanto crime, a tentativa já é punida.

Outra alteração trazida pela Lei nº 12.529/11, foi ao tratar das sanções do administrador, em seu art. 37, III, pois é exigido o requisito de demonstração da culpabilidade (responsabilidade subjetiva), estendida também às pessoas físicas não detentoras de cargos de gestão. Assim, o regime de responsabilidade objetiva não se aplica às pessoas físicas, ao contrário do que ocorria antes do advento da lei supra.

Todavia, o valor das multas para pessoa física responsabilizada é vultoso, da ordem de R\$ 50.000,00 até R\$ 2.000.000.000,00, lembrando que muitas vezes a empresa objeto de investigação não se responsabiliza pela defesa do funcionário envolvido, daí a importância da consciência individual

Há, inclusive, a título de penalidade para a empresa infratora a previsão de transferência de controle societário, o que significa colocar a empresa à venda compulsoriamente. Busca-se a preservação da empresa e funcionários e punição dos administradores que se envolveram naquela infração à ordem econômica.

Outra conduta que a Lei de Defesa da Concorrência visa coibir são as restrições verticais provocadas pelas empresas detentoras de poder de mercado. Ao contrário do cartel, onde são realizados acordos horizontais, as restrições verticais envolvem empresas que atuam em diversos elos da cadeia produtiva.

As empresas buscam se integrar verticalmente para diminuir custos de transação e produzir ganhos de eficiência. A penalização irá depender da ocorrência de efeitos líquidos negativos, sendo insuficiente analisar apenas o objeto da conduta. A preocupação é o fechamento de acesso a insumo relevante para produção e/ou limitação ao escoamento de produtos para etapas seguintes da cadeia produtiva.

Exemplos clássicos de condutas verticais são exclusividade, venda casada e fixação de preço de revenda.

Retomando a mais importante infração anticompetitiva entre todas e na maioria das jurisdições, temos os cartéis.

A Lei nº 12.529/11 fala de acordo entre concorrentes, mas podemos assim sumarizar as características de um cartel clássico:

- a) Fixação de preços;
- b) Fixação de ofertas, bens ou serviços;
- c) Divisão de mercados em termos de clientes, consumidores, territórios, segmentos ou período;
- d) Conluio em licitações.

A comprovação da existência do acordo não se limita à prova do acordo, é também necessário provar que tal acordo possui um grau razoável de institucionalização por meio do caráter perene da conduta, mecanismos de monitoramento e coação com penalidades para o descumprimento.

Outro exemplo de conduta comercial concertada são aquelas que não envolvem acordo direto entre os concorrentes, mas podem ter efeitos restritivos sobre a concorrência. Exemplo: troca de informações sensíveis, que pode causar um arrefecimento da competição por meio da uniformização de condições comerciais. Ex: sugestão de tabela de preços.

Já na seara dos mecanismos consensuais de resolução de controvérsias, há o acordo de leniência antitruste, introduzido pela Lei nº 10.149/00.

Cabe ao setor de *compliance* da empresa a identificação das condutas anticompetitivas e, identificadas, aplicar o acordo de leniência antitruste.

Este acordo só poderá ser celebrado pela primeira pessoa a denunciar o crime, por isso importante identificar o *timing* para tal. O denunciante deve se comprometer a cessar a prática e será imunizado na esfera penal. Além disso, é pressuposto que o CADE não tenha provas suficientes para denunciar o proponente.

As informações fornecidas ao CADE não podem ser divulgadas, o caráter de confidencialidade é pressuposto do acordo de leniência.

Após a assinatura do Acordo de Leniência, o CADE poderá instaurar inquérito ou procedimento administrativo para apurar a infração noticiada no pacto, bem como realizar outras medidas de investigação do caso, como por exemplo a realização de busca e apreensão e/ou inspeção, requisição de informações e procedimentos de inteligência para detectar cartéis em licitação.

Dentre os benefícios da leniência antitruste estão:

- a) suspensão do curso do prazo prescricional e oferecimento de denúncia;
- b) imunidade total contra penalidades administrativas (multas) para o proponente e para quem estiver debaixo do “guarda-chuva” dele;
- c) Imunidade total em relação às sanções criminais e lei de licitações;
- d) Redução de 1 a 2/3 das penalidades administrativas aplicáveis pelo CADE, caso tenha havido conhecimento prévio da prática denunciada.

Como dito, o programa de leniência é acessível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial entre concorrentes ao CADE. O Termo de Compromisso por Cessação, por sua vez, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva, gerando benefícios na seara administrativa, mas sem previsão de benefícios automáticos na seara criminal.

Depois de verificado todo o amplo espectro de condutas anticompetitivas, é possível afirmar que tudo isso pode ser evitado com o *compliance* concorrencial. Inclusive, o CADE emitiu um guia sobre o tema em 2.016, orientando sobre como realizar o programa na área.

O programa de *compliance* concorrencial busca, em primeiro lugar, prevenir e reduzir o risco de ocorrência de violações específicas à LDC e, em segundo, lugar, oferecer mecanismos para que a organização possa rapidamente detectar e lidar com eventuais práticas anticoncorrenciais que não tenham sido evitadas num primeiro momento.

Por fim, a chave para um programa de *compliance* concorrencial de sucesso é o envolvimento da alta direção. O comprometimento do alto escalão pode ser conquistado com o impacto do programa na remuneração dos funcionários da empresa, inclusive diretores. Essa alternativa pode se mostrar viável especialmente nos casos de alta descentralização e dificuldade de controle unificado de toda a estrutura comercial. Outro incentivo bastante forte costuma ser a mídia. Ressaltar casos de danos à reputação da diretoria no caso de penalizações implica em maior engajamento. 

NOTAS

- 1 Considera-se *gun jumping* a “queima de largada”, ou seja, a realização prematura de uma operação entre as partes, situação que pode ir de encontro às normas antitruste, e afetar a competitividade do mercado. Trata-se da prática de atos indevidos pelas empresas em processo de concentração econômica.
- 2 Cade aprova compra da Fox pela Disney, condicionada à venda da Fox Sports. Exame, 2019. Disponível em: <<https://exame.com/negocios/cade-aprova-compra-da-fox-pela-disney-condicionada-a-venda-da-fox-sports/>>. Acesso em 27/07/2021.
- 3 Cade manda Cielo e Facebook detalharem estrutura de remuneração de pagamentos por Whatsapp.G1, 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/27/cade-manda-cielo-e-facebook-detalharem-estrutura-de-remuneracao-de-pagamentos-por-whatsapp.ghtml>>. Acesso em 27/07/2021.



BRUNA BRAGHETTO cursa MBA em Direito Corporativo e *Compliance* e Pós-Graduada em Processo Civil e Direito Civil pela Escola Paulista de Direito. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos. Palestrante e Instrutora *In company*. Autora de artigos e professora convidada para cursos e eventos.

Da modulação dos efeitos na tese do século – RE nº 574.706

■ POR SUENY ALMEIDA DE MEDEIROS

“A decisão proferida respeitou o direito dos contribuintes que ingressaram com ações judiciais até o dia 15 de março de 2017, colocando um fim nesta exaustiva discussão e confere, ao menos, segurança jurídica aos contribuintes, que finalmente poderão usufruir do crédito reconhecido de forma mais segura.”

Finalmente o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento acerca da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que se estendia há mais de duas décadas, a chamada “Tese do Século”.

O tema foi discutido, em sede de Repercussão Geral, no RE nº 574.706/PR, tendo o Supremo Tribunal Federal já reconhecido em 2017, que não havia que se falar em inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

No acórdão do Recurso Extraordinário restou consignado que o faturamento que serve de base de cálculo do PIS e COFINS não poderia ser composto de valores arrecadados a título de ICMS incidente sobre as vendas ou a prestação de serviços, por não se tratar de base imponible para instituição das contribuições previstas no artigo 195 da Constituição Federal. Além disso, o acórdão também consignou que não poderia ocorrer a incidência do ICMS por este não integrar a renda própria do contribuinte, sendo mero repasse do imposto aos cofres públicos, ou seja, esse valor não se trata de faturamento.

Ocorre que após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, a Procuradoria ingressou com Embargos de Declaração a fim de que fosse esclarecido se o valor do ICMS a ser retirado da base de cálculo era o ICMS destacado na nota fiscal ou o efetivamente pago pelo contribuinte, bem como que fosse realizada a chamada modulação dos efeitos, em razão dos valores que estavam sendo discutidos.

Durante todo esse tempo os contribuintes que haviam obtido decisões favoráveis estavam encontrando dificuldades em realizar as habilitações de crédito, e até mesmo o levantamento de depósitos judiciais, porque a Procuradoria

entendia que o valor a ser descontado era o valor efetivamente pago e não o destacado da nota fiscal.

Para sustentar suas alegações, emitiu inclusive uma Solução de Consulta COSIT nº 13/2018, que dizia especificamente que o valor do ICMS a ser descontado era o efetivamente pago e não o destacado, causando insegurança jurídica sobre o tema e travando as compensações e liberações de depósitos judiciais realizados pelos contribuintes sob esse fundamento.

No entanto, o STF, em julgamento finalizado na data de (13/05/2021), decidiu sobre o alcance da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, entendendo que o ICMS que deve ser descontado é o destacado da nota fiscal, ou seja, entendimento contrário ao sustentado pela Procuradoria.

Como se sabe, o PIS e a COFINS incidem apenas sobre o faturamento ou receita bruta das empresas, que decorrem do exercício de suas atividades empresárias, ou seja, da venda de mercadorias ou da prestação de serviço. Assim, o ICMS destacado nas notas de saída, que não constitui em receita ou faturamento da empresa, não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e COFINS, apenas por constar em destaque na nota fiscal.

Além de definir qual o ICMS deve ser descontado, o STF também analisou o pedido de modulação de efeitos, e modulou os efeitos da decisão reconhecendo que a interpretação dada no processo seria aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir da data de 15 de março de 2017.

Mas na prática, o que isso significa?

Significa que os todos os contribuintes podem se aproveitar da decisão deixando de recolher o PIS e a COFINS sem o ICMS embutido, a partir desta data.

No entanto, para fins de recuperação de crédito, o cálculo deve ser diferente. Os contribuintes que ajuizaram ações até o dia 15/03/2017, terão mantido o direito à recuperação dos créditos dos últimos 5 (cinco) anos a contar do ajuizamento da ação.

Porém, quem ajuizou a ação após a data de 15/03/2017, poderá recuperar o crédito até o dia 15/03/2017.

Com o novo julgamento, a Solução de Consulta COSIT nº 13/2018, não tem mais aplicabilidade, podendo os créditos serem apurados com base no ICMS destacado na nota fiscal.

No que tange a modulação dos efeitos, a decisão proferida respeitou o direito dos contribuintes que ingressaram com ações judiciais até o dia 15 de março de 2017, colocando um fim nesta exaustiva discussão e confere, ao menos, segurança jurídica aos contribuintes, que finalmente poderão usufruir do crédito reconhecido de forma mais segura, devendo o Fisco respeitar o trânsito em julgado, que é fundamental para a garantia da segurança jurídica, de forma que não mais busque frustrar o direito dos contribuintes.

Pelo menos é isso que se espera! 



SUENY ALMEIDA DE MEDEIROS é formada em Direito pelo Centro Universitário UNIEURO, Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Professora Seminarista de Direito Tributário no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Mestranda em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Conselheira da OAB/DF, Presidente da Comissão de admissibilidade da OAB/DF, Membro da Comissão de Assuntos Tributários, da Comissão de Sociedades e da Comissão de Seguridade Social da OAB/DF nos triênios 2013/2015 e 2016/2018. Principais atuações: Planejamento Tributário, Consultoria Tributária, Contencioso Tributário Judicial e Administrativo e Regulatório na área de Planos de Saúde.

Notas sobre o *lockout* e as manifestações sociais

■ POR JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE E FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO

“Estamos diante de um “lockout político” ou o direito constitucional de manifestação e liberdade de expressão.”¹

OS MEIOS DE PRESSÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Historicamente, os trabalhadores e até mesmo os empregadores têm utilizado diversos meios visando pressionar a parte contrária a ceder ou negociar (denominados meios de pressão).¹ A doutrina aponta diversos meios, sendo os mais conhecidos: sabotagem, boicote, *ratting*, listas negras, trabalho arbitrário, greve, *lockout* etc.

A sabotagem consiste na destruição de máquinas, matérias-primas e outros instrumentos de trabalho da empresa, por parte dos trabalhadores.

Já o boicote representa “a oposição ou obstrução ao negócio do empregador, a falta de cooperação, vocábulo que devemos a James Boycott, nome de um latifundiário da Irlanda, da metade do século XVIII, que teve de abandonar a cidade onde morava, porque os trabalhadores se recusaram a colaborar com ele, criando uma situação insustentável para os seus negócios; a sabotagem, destruição ou inutilização de máquinas ou mercadorias pelos trabalhadores, protesto violento, contra o empregador, para danificar seus bens; piquetes,



forma de pressão para dissuadir os recalcitrantes que não querem participar da greve, enquanto pacíficos, admitidos, quando violentos, proibidos pelo direito sindical”²

Enquanto *ratting*, do termo inglês *to ratten*, significa “privar de ferramentas os trabalhadores, com o objetivo de que as tarefas não sejam desenvolvidas normalmente”³

As listas negras de trabalhadores são feitas pelos empregadores e são encaminhadas a outros empregadores, como forma de troca de informações sobre trabalhadores e de seu comportamento no ambiente de trabalho, as quais são utilizadas no momento da contratação (discriminação). Informações, como, por exemplo, se promove ação trabalhista, organiza grupos de reivindicação etc.

Mencionado por Alfredo J. Ruprecht,⁴ o trabalho arbitrário seria uma greve “ao contrário”, ou seja, “os trabalhadores agem contra a vontade do empresário e a seguir reclamam o pagamento do salário correspondente à tarefa efetuada”.

A Organização Internacional do Trabalho tem analisado a questão da greve em diversos países, sob os mais diversos ângulos e realidades sociais, políticas e econômicas distintas.⁵

Em 1952, na 2ª Reunião, o Comitê de Liberdade Sindical reconheceu o direito de greve, como meio legítimo fundamental que dispõem os trabalhadores e suas organizações para promover e defender seus interesses econômicos e sociais. Não se trata de mero fato social e sim de um direito.

O Comitê de Liberdade Sindical tem adotado um critério restritivo para limitar as categorias de trabalhadores que podem ser privados desse direito e quanto às limitações legais para seu exercício. E ainda tem vinculado o exercício do direito de greve à finalidade de promoção e defesa dos interesses econômicos e sociais dos trabalhadores, sendo que o correto exercício do direito de greve não deve ensejar sanções, o que configura atos de discriminação antissindical.

O Comitê de Liberdade Sindical admite outras figuras (greve atípicas), como greve de ocupação, de ritmo lento, de zelo e de solidariedade, desde que revistam caráter pacífico.

Segundo a OIT, as reivindicações da greve se agrupam em: (a) natureza trabalhista, quando buscam garantir ou melhorar as condições de trabalho e da vida dos trabalhadores; (b) natureza sindical, quando visam garantir e desenvolver os direitos das organizações sindicais e seus dirigentes; (c) natureza política.

Contudo, se ressalva que as organizações sindicais evitem que suas reivindicações assumam um aspecto claramente político. A Comissão de *Experts* considera que as greves de natureza puramente política não estão cobertas pelos princípios da liberdade sindical.

Em relação aos trabalhadores que podem ter restrições ao direito de greve, a visão da OIT é restritiva, admitindo a exclusão das forças armadas e polícia, dos funcionários públicos que exerçam funções de autoridade em nome do Estado, serviços essenciais (relacionados ao perigo à vida, à segurança e à saúde), desde que desfrutem de uma proteção compensatória. Também se admitem restrições durante períodos de crise nacional grave, como conflitos armados, catástrofes naturais etc.

De maneira geral, existe uma série de condições ou requisitos para a licitude da greve, sendo que as mesmas devem ser razoáveis e não devem constituir limitações importantes à possibilidade de ação das organizações sindicais. O Comitê de Liberdade Sindical considera aceitável: (a) obrigação de pré-aviso; (b) obrigação de recorrer a procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos, como condição prévia a declaração da greve; (c) quórum mínimo e razoável para deliberação da greve; (d) votação secreta; (e) adoção de medidas para respeitar os regulamentos de segurança e prevenção de acidentes; (f) manutenção de serviços mínimos em casos de serviços essenciais, daqueles que possam gerar uma crise nacional grave de serviços públicos transcendentais; (g) a garantia de liberdade de trabalho para os não grevistas.

A análise dos aspectos de legalidade do movimento paredista deve ser atribuída a um órgão independente das partes e de sua confiança. Segundo o Comitê de Liberdade Sindical, tal análise não deve ser feita pelo governo ou autoridades administrativas.

Segundo o Comitê de Liberdade Sindical, a proibição de realização de greves por motivo de reconhecimento (para negociar coletivamente) não está em conformidade com os princípios da liberdade sindical, por outro lado, o próprio Comitê tem aceitado disposições que proíbem as greves que impliquem uma ruptura de um acordo ou convenção coletiva (restrição temporal). Também declarou que desde que a solução de um conflito de direitos resultante de uma diferente interpretação de uma lei devesse incumbir aos tribunais competentes, a proibição de greves em tal situação não constitui uma violação à liberdade sindical.

No ordenamento jurídico nacional, a greve é um direito reconhecido decorrente da liberdade do trabalho, mas não de cunho irrestrito, podendo haver a punição quanto aos excessos, além do que encontra restrições quanto aos serviços ou atividades essenciais. É um direito social, de índole constitucional, mas não de forma absoluta (art. 9º, CF).

O LOCKOUTE AS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS

O *lockout*, também conhecido como *cierro patronal*, *contrahuelga*,⁶ *helga patronal*⁷ ou ainda *serrata*,⁸ ocorre quando “o empregador fecha unilateralmente o estabelecimento ou, ainda, sem fazê-lo, deixa de aceitar o trabalho oferecido por seus empregados.”⁹

Pode ser entendida como “uma ação concentrada e coletiva dos patrões, tendente a negar trabalho a seus empregados, com caráter temporário e com fins de defesa – em sentido amplo – de seus interesses.”¹⁰

Em outras palavras, “é uma decisão unilateral do empregador, tendente a excluir temporariamente os trabalhadores da empresa e visando a paralisação total ou parcial desta, no âmbito de um conflito coletivo”.¹¹

Como meio de pressão contra os trabalhadores, costuma-se falar em duas espécies de *lockout*, o primeiro, o *lockout agressivo* que ocorre quando empregador tem a iniciativa do conflito ou usa essa forma de pressão de forma abusiva, enquanto, no *defensivo*, o empregador fecha o estabelecimento, como forma de evitar uma ocupação por parte dos trabalhadores (“contragreve”).

Diferentemente da greve, o *lockout* não é admitido em diversos sistemas jurídicos, como o italiano, o português, o uruguaio e o argentino. No Brasil, a Lei de Greve proíbe expressamente “a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (lockout).” Além disso, em caso de paralisação por parte do empregador, é assegurado aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação (art. 17, Lei nº 7.883/89).

Além disso, o Código Penal considera crime contra a liberdade ao trabalho, constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça: a) a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias; b) a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de parede ou paralisação de atividade econômica (art. 197).

Certo é que a “paralisação das atividades empresariais” por parte dos empregadores ou dos trabalhadores autônomos não pode ser considerado “greve dos empregadores” ou mesmo um “*lockout* típico”, vez que o mesmo não se volta contra os trabalhadores (sujeitos das relações de emprego), mas sim contra o Estado ou uma política econômica ou social.

Assim, estamos diante de um “*lockout* político” ou o direito constitucional de manifestação e liberdade de expressão. 

NOTAS

- 1 JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 8. ed., 2015, p. 1.400.
- 2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 3. ed., p. 26-27.
- 3 RUPRECHT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr: São Paulo, 1995, revisão técnica Irany Ferrari, p. 860.
- 4 RUPRECHT, Alfredo J. Ob. cit., p. 861.
- 5 GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. *Principio de la OIT sobre el Derecho de Huelga*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1998.
- 6 ETALA, Carlos Alberto. *Derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002, p. 389.
- 7 RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Curso de derecho laboral. Conflictos colectivos*. v. 2. Montevideo: Editorial IDEA, 2001, p. 110.
- 8 CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. *Diritto del lavoro. Il diritto sindacale*. v.1. Torino: UTET, 5. ed., 2011, p. 265.
- 9 CASTILHO, Santiago Perez do. *O direito de greve*. São Paulo: LTr, 1994, revisão técnica Irany Ferrari, p. 251.
- 10 RUPRECHT, Alfredo J. Ob. cit., p. 868.
- 11 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho. Situações laborais colectivas*. Lisboa: Almedina, 2. ed., 2015, p. 525.



ARQUIVO PESSOAL

JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Convidado no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* PUC/PR e outros diversos cursos. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela USP/PROLAM. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Autor de diversos livros e artigos jurídicos.



ARQUIVO PESSOAL

FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO é Desembargador do Trabalho (TRT 2ª Região). Professor convidado no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Paulista de Direito. Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP. Autor de diversos livros e artigos jurídicos.

Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP. Autor de diversos livros e artigos jurídicos.



ARQUIVO PESSOAL

Luiz Augusto D'Urso

A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial apresentada é adequada?

“A estratégia apresentada me parece adequada como um importante primeiro passo de regulamentação e fomento desta importante tecnologia, que certamente alterará a vida de todos os Brasileiros em poucos anos, mas não se deve parar por aqui.”

Antes de enfrentarmos efetivamente a questão sobre a estratégia apresentada pelo governo, importante esclarecer que quando pensamos em Inteligência Artificial (IA), muitos se recordam de filmes de ficção científica que retratam robôs humanoides agindo e pensando como seres humanos, todavia, a inteligência artificial é muito mais que isso.

Sabe-se que existem dois tipos de IA, divididas entre IA geral e IA restrita. Quanto a IA geral resume-se naquela apresentada nos filmes, com robôs dotados de inteligência artificial racional, similar à humana, sendo que seu “corpo” também se confunde ao humano, e sua concepção completa poderá ser até indistinguível a um homem ou uma mulher.

Quanto a IA restrita, é aquela que podemos encontrar quase todos os dias – por exemplo nos smartphones por aplicativo que calculam rotas de trânsito mais rápidas –, ou quando somos respondidos por um atendente

robô (*chatbot*) em um atendimento de sites, ou até em sites que estão sempre mapeando sua utilização.

Seja qual for sua aplicação, o importante é saber que a IA trata-se de tecnologia inovadora, disruptiva e facilitador que vai modificar todo o mundo moderno.

Ao analisar a expectativa das tendências tecnológicas para o setor público em 2021, nota-se que a adoção estratégica de tecnologias baseadas em dados é uma realidade, também com a aplicação de Inteligência Artificial e de *machine learning*, em todos os estágios da atividade pública, melhorando a eficiência da própria atividade pública.

Dito isso, reiterando-se a importância da IA e que ela já é uma realidade, acompanhamos que o Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovações, por meio da Portaria nº 4.617, apresentou a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial neste ano de 2021.

Esta Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) deve nortear as ações do governo federal, em todas as etapas e aspectos do desenvolvimento da tecnologia em nosso país, estimulando a pesquisa, a inovação e o desenvolvimento de soluções baseadas em Inteligência Artificial. Também já havia se falado em inteligência artificial na Estratégia Brasileira de Transformação Digital, como um dos pilares de mudança na sociedade em razão desta tecnologia, portanto o tema não é novidade para o poder público.

Esta nova EBIA é dividida em eixos temáticos que devem nortear sua aplicação, sendo eles: aplicações legais (parâmetros jurídicos, regulatórios e éticos para o desenvolvimento da IA); Governança de IA (estrutura de governança com procedimentos que respeitem os princípios da IA no desenvolvimento de soluções); Aspectos internacionais (cooperação e integração para trocas de informações, regulamentações e experiências com outros países). Resumem-se, também, as principais diretrizes de aplicações da IA, como na educação, capacitação de trabalho, pesquisas, desenvolvimento, empreendedorismo, inovação, aplicação no setor público e privado, segurança pública etc.

Sem dúvida a utilização da Inteligência Artificial pode ajudar muito no cenário público nacional, além de colocar o Brasil em um patamar diferenciado no competitivo cenário mundial, todavia, seu uso além de promovido, deve ser impreterivelmente regulamentado, respeitando os limites e garantias constitucionais de todos os cidadãos.

Portanto, a estratégia apresentada me parece adequada como um importante primeiro passo de regulamentação e fomento desta importante tecnologia, que certamente alterará a vida de todos os Brasileiros em poucos anos, mas não se deve parar por aqui.

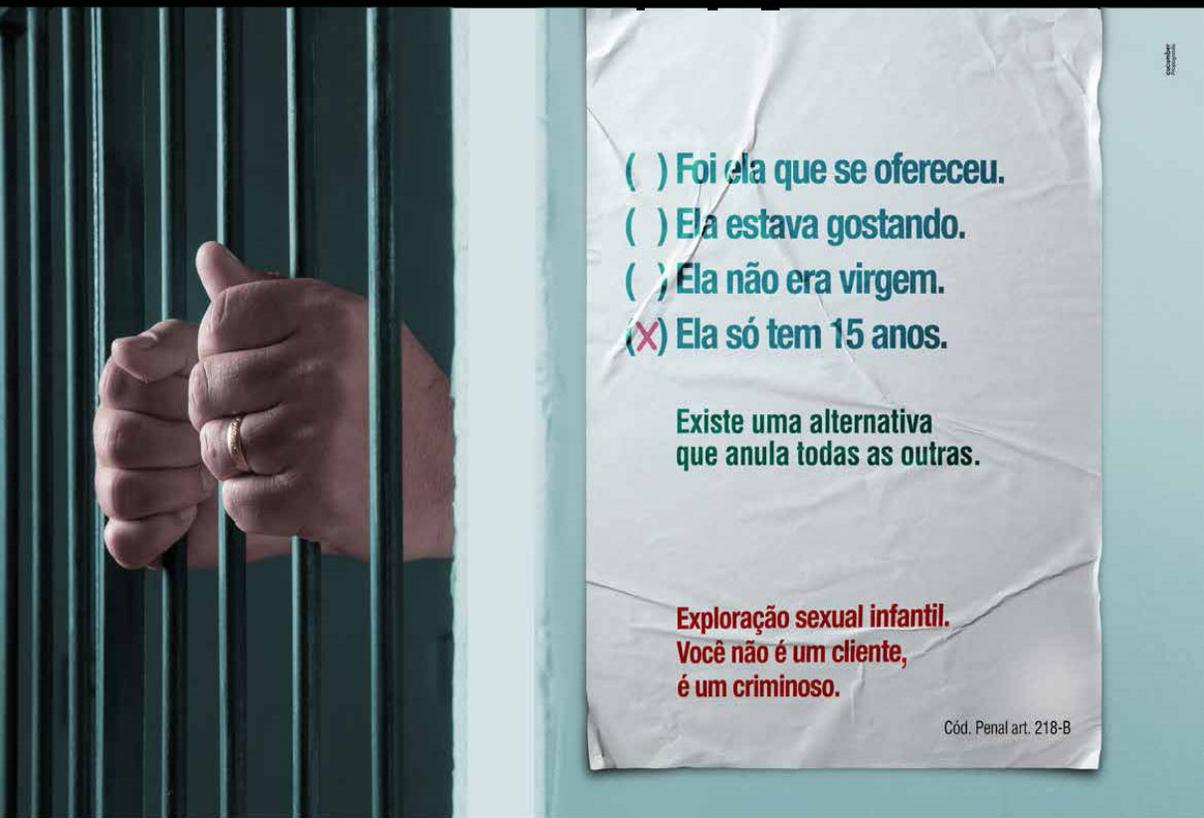
A EBIA poderá ser complementada quanto a um plano efetivo de ação, aplicabilidade e etc, sendo que, poderá ser concretizada com parcerias de figuras tanto do setor público quanto do privado, beneficiando ambos os setores e certamente toda a população. 

LUIZ AUGUSTO D'URSO é Advogado especialista em Direito Digital, Professor de Direito Digital no MBA de Inteligência e Negócios Digitais da FGV, Presidente da Comissão Nacional de Cibcrimes da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e coautor da Obra "Advocacia 5.0".

SE PRESENCIAR ALGUMA SITUAÇÃO SUSPEITA, DENUNCIE. DISQUE 100.



BAIXE O APLICATIVO



- () Foi ela que se ofereceu.
- () Ela estava gostando.
- () Ela não era virgem.
- (X) Ela só tem 15 anos.

Existe uma alternativa
que anula todas as outras.

Exploração sexual infantil.
Você não é um cliente,
é um criminoso.

Cód. Penal art. 218-B



SECRETARIA NACIONAL DOS
DIREITOS DA CRIANÇA
E DO ADOLESCENTE

MINISTÉRIO DOS
DIREITOS HUMANOS

